

FERNANDO VERNICE DOS ANJOS

**SELETIVIDADE DO SISTEMA PENAL E
MEDIDAS CONTRASSELETIVAS**

**NO ÂMBITO DA TEORIA DA
DETERMINAÇÃO DA PENA**

TESE DE DOUTORADO

ORIENTADORA PROFESSORA ASSOCIADA

DRA. MARIÂNGELA GAMA DE MAGALHÃES GOMES

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo-SP

2019

FERNANDO VERNICE DOS ANJOS

**SELETIVIDADE DO SISTEMA PENAL E
MEDIDAS CONTRASSELETIVAS**

**NO ÂMBITO DA TEORIA DA
DETERMINAÇÃO DA PENA**

Tese apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito, na área de concentração Direito Penal, sob a orientação da Professora Associada Doutora Mariângela Gama de Magalhães Gomes

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo-SP

2019

Catálogo da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Anjos, Fernando Vernice dos

Seletividade do sistema penal e medidas
contrasseletivas no âmbito da teoria da determinação
da pena ; Fernando Vernice dos Anjos ; orientadora
Mariângela Gama de Magalhães Gomes -- São Paulo,
2019.

277

Tese (Doutorado - Programa de Pós-Graduação em
Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia) -
Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo,
2019.

1. seletividade. 2. sistema penal. 3. teoria da
pena. 4. cálculo de pena. I. Gomes, Mariângela Gama
de Magalhães, orient. II. Título.

BANCA EXAMINADORA

AGRADECIMENTOS

O doutorado constitui o término de um ciclo de estudos iniciado no primeiro ano da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em 2001, instituição para a qual deixo mais que o meu agradecimento: reconheço o meu pertencimento. As Arcadas do Largo de São Francisco fazem parte da minha vida de maneira indissociável e sempre farão. Mais do que nunca faz sentido a trova acadêmica escrita por Paulo Bonfim em homenagem ao sesquicentenário da Velha e sempre Nova Academia:

Memórias da São Francisco.

Que eu canto com emoção.

Em cada canto do Largo.

Eu largo meu coração!

Agradeço a todos os Professores das Arcadas que, de maneira generosa, compartilharam os seus conhecimentos ao longo desses anos. Faço expressa menção à minha orientadora, a ilustre Professora Mariângela Gama de Magalhães Gomes.

Gostaria também de externar a minha gratidão a outras duas instituições públicas fundamentais na minha formação: a Defensoria Pública do Estado de São Paulo, instituição na qual atuei nos três anos iniciais de minha vida profissional, e o Ministério Público do Estado de São Paulo, instituição a qual tenho a felicidade de integrar.

Finalmente, gostaria de agradecer aos meus familiares, na figura dos meus pais José Cláudio e Maria Lúcia, e à minha esposa Diana, que sempre estiveram presentes nesse longo ciclo, que ora se fecha, com o depósito da tese de doutorado.

Fernando Vernice dos Anjos. Seletividade do sistema penal e medidas contrasseletivas no âmbito da teoria da determinação da pena. 2019. 277 páginas. Doutorado - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019.

RESUMO

O trabalho tem como objetivo estudar a seletividade do sistema penal brasileiro e, sob um contexto de legitimação desse sistema, propor medidas contrasseletivas, com enfoque na área do cálculo de pena. Inicialmente é delimitado o conceito de seletividade no âmbito jurídico, definindo-a como diferenciação arbitrária, constitucionalmente inadmissível por configurar afronta ao princípio da igualdade. O estudo segue com a abordagem da criminalização primária e secundária, assim como com a relação das etapas de criminalização com a seletividade explícita e implícita do sistema penal. São estudados os dados empíricos da criminalização no Brasil e como eles comprovam a seletividade do sistema penal. São abordados discursos atuais de política criminal e como eles podem potencializar a seletividade do sistema penal. Focando-se no âmbito da teoria da determinação da pena, é feito um estudo de tal teoria no Brasil, analisando os diversos dispositivos legais que regem a temática na legislação brasileira. É destacado como a discricionariedade e a subjetividade do julgador nessa seara potencializam a seletividade no cálculo da pena. É ressaltada a ligação da seletividade no cálculo de pena com os conceitos de direito penal do autor e de periculosidade de imputáveis, que são catalisadores importantes da seletividade do sistema penal. Após o diagnóstico de seletividade do sistema penal, é feita uma defesa da legitimação desse sistema, por meio de medidas contrasseletivas. Tais medidas são definidas, assim como é explicado o seu funcionamento no âmbito da dogmática jurídica. Destaca-se a natureza de interpretação conforme o princípio da igualdade das medidas contrasseletivas. Após o desenvolvimento da ideia que a defesa do direito penal do fato é medida contrasseletiva fundamental, aplicável a qualquer área do direito penal, são estipuladas observações gerais contrasseletivas aplicáveis ao cálculo da pena. Finalmente, são estudadas medidas contrasseletivas específicas, no âmbito do cálculo da pena, focando-se nos momentos do cálculo mais sujeitos ao subjetivismo do intérprete, devido à abertura semântica dos preceitos legais. Tais momentos são a primeira fase do cálculo, a fixação do regime prisional e a substituição por penas alternativas à prisão.

Palavras chave:

Sistema penal - seletividade - etapas de criminalização - encarceramento - discursos de política criminal - cálculo da pena - direito penal do autor - periculosidade - medidas contrasseletivas - direito penal do fato - circunstâncias judiciais - modalidades de penas - regime prisional

Fernando Vernice dos Anjos. Criminal justice system selectivity and counter-selective measures under the theory of sentence determination. 2019. 277 pages. Doctorate - Faculty of Law, University of São Paulo, São Paulo, 2019.

SUMMARY

The objective of this work is to study the selectivity of the Brazilian criminal justice system and to propose counter-selective measures focusing on the area of sentence determination, with a view to the legitimization of the criminal justice system. Initially, it defines the legal concept of selectivity as an arbitrary form of differentiation that is constitutionally inadmissible because it constitutes an affront to the principle of equality. The study then takes up the subject of primary and secondary criminalization and the relationship between the phases of criminalization and the explicit and implicit selectivity of the criminal justice system. It looks at empirical data on criminalization in Brazil that prove the selectivity of the criminal justice system and discusses current criminal policy initiatives that may increase the selectivity of the criminal justice system. It reviews the provisions on sentencing under Brazilian law in light of the theory of sentence determination, showing that a judge's discretion and subjectivity can increase selectivity in sentencing. It highlights the link between selectivity in sentencing and the concepts of criminal law of the offender and dangerousness of the imputable, which are important catalysts for the selectivity of the criminal justice system. After diagnosing the selectivity of the criminal justice system, it proposes legitimizing the system through counter-selective measures. It defines such measures and explains their operation under the legal framework, emphasizing the nature of counter-selective measures as interpretive techniques pursuant to the principle of equality. It goes on to develop the idea that the criminal law of the fact is a fundamental counter-selective measure applicable to all areas of criminal law, after which it sets out general counter-selective considerations applicable to sentencing. Finally, it looks into specific counter-selective measures within the scope of sentencing, focusing on the phases of sentencing that are most subject to the interpreter's subjectivism due to the interpretive openness of legal provisions. Such phases are the first phase of sentencing, the determination of the incarceration regime, and the substitution of alternative sentences for incarceration.

Key words:

Criminal justice system – Selectivity – Sentencing phases – Incarceration – Criminal policy discourses – Sentencing – Criminal law of the offender – Dangerousness - Counter-selective measures - Criminal law of the fact – Sentencing factors – Types of sentences – Incarceration regimes

Fernando Vernice dos Anjos. Selettività del sistema penale e misure controselettive nell'ambito della teoria della determinazione della pena. 2019. 277 pagine. Dottorato – Facoltà di Diritto, Università di San Paolo, 2019.

RIASSUNTO

Il lavoro ha come obiettivo studiare la selettività del sistema penale brasiliano e, in un contesto di legittimazione di questo sistema, proporre misure controselettive, con enfasi nell'area di calcolo della pena. Inizialmente è delimitato il concetto di selettività nell'ambito giuridico, definendola come differenziazione arbitraria, costituzionalmente inammissibile per configurare affronto al principio dell'uguaglianza. Lo studio prosegue con l'approccio alla criminalizzazione primaria e secondaria, come pure con la relazione delle tappe di criminalizzazione con la selettività esplicita e implicita del sistema penale. Sono studiati i dati empirici della criminalizzazione in Brasile e come essi comprovano la selettività del sistema penale. Sono esaminati discorsi attuali di politica criminale e come essi possono potenzializzare la selettività del sistema penale. Centrandosi nell'ambito della teoria della determinazione della pena, è fatto uno studio di tale teoria in Brasile, analizzando i diversi dispositivi legali che reggono la tematica nella legislazione brasiliana. È distaccato come la discrezionalità e la soggettività del giudice in questo campo potenzializzano la selettività del calcolo della pena. È posta in evidenza la connessione della selettività nel calcolo della pena con i concetti di diritto penale dell'autore e di pericolosità degli imputabili, che sono catalizzatori importanti della selettività del sistema penale. Dopo la diagnosi di selettività del sistema penale è fatta una difesa della legittimazione di questo sistema, per mezzo di misure controselettive. Tali misure sono definite, come pure è spiegato il loro funzionamento nell'ambito della dogmatica giuridica. Si distacca la natura di interpretazione conforme il principio dell'uguaglianza delle misure controselettive. Dopo lo sviluppo dell'idea che la difesa del diritto penale del fatto è misura controselettiva fondamentale, applicabile a qualunque area del diritto penale, sono stipulate osservazioni generali controselettive applicabili al calcolo della pena. Finalmente, sono studiate misure controselettive specifiche, nell'ambito del calcolo della pena, focalizzandosi nei momenti del calcolo più sottoposti al soggettivismo dell'interprete, dovuto all'apertura semantica dei precetti legali. Tali momenti sono la prima fase del calcolo, la fissazione del regime carcerario e la sostituzione con pene alternative alla prigione.

Parole chiave:

Sistema penale – selettività – tappe di criminalizzazione – incarceramento – discorsi di politica criminale – calcolo della pena – diritto penale dell'autore – pericolosità – misure controselettive – diritto penale del fatto – circostanze giudiziali – modalità di pene – regime carcerario

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....p.01

1 - SELETIVIDADE DO SISTEMA PENAL

1.1. Conceito de seletividade.....p.06

1.2. Seletividade explícita, implícita e etapas de criminalização.....p.11

1.2.1. Seletividade explícita e criminalização primária.....p.16

1.2.2. Seletividade implícita e criminalização secundária.....p.20

1.3. Excurso: reação social, “labelling approach” e seletividade.....p.28

1.4. Seletividade e índices brasileiros de prisionização.....p.36

1.5. Excurso: criminalidade de “colarinho branco” e seletividadep.43

2 - SELETIVIDADE E DISCURSOS POLÍTICOS CRIMINAIS ATUAIS

2. Delimitação da abordagem.....p.50

2.1. Garantismo penal e teoria agnóstica da pena.....p.50

2.2. Expansão e contenção do direito penal.....p.72

2.3. Lei e ordem, “janelas quebradas” e tolerância zero.....p.82

2.4. Política criminal atuarial.....p.90

3 - TEORIA DA DETERMINAÇÃO DA PENA E SELETIVIDADE

- 3.1. Aspectos gerais da teoria da determinação da pena no direito brasileiro.....p.97**
- 3.2. Discricionariedade, subjetividade e seletividade no cálculo da pena.....p.123**
- 3.3. Excurso: direito penal do autor e periculosidade de imputáveis como herança do positivismo criminológico e seletividade.....p.132**

4 - MEDIDAS CONTRASSELETIVAS: ASPECTOS GERAIS

- 4.1. Entre o ceticismo e o realismo: medidas contrasseletivas como instrumento para um sistema penal mais justo.....p.142**
- 4.2. Maior efetivação possível do direito penal do fato.....p.149**
- 4.3. Observações gerais contrasseletivas no âmbito da teoria da pena.....p.154**
 - 4.3.1. A pena só pode ser modificada por razões objetivamente aferíveis.....p.154**
 - 4.3.2. O intérprete deve ser limitado para que suas convicções pessoais não deem vazão a vieses juridicamente inaceitáveis.....p.155**
 - 4.3.3. A ressocialização deve ser afastada do cálculo da pena.....p.156**

5 - MEDIDAS CONTRASSELETIVAS NO ÂMBITO DA TEORIA DA DETERMINAÇÃO DA PENA

- 5.1. Medidas contrasseletivas relativas à fixação do montante da pena.....p.161**
 - 5.1.1. Delimitação da culpabilidade no cálculo da pena.....p.162**
 - 5.1.1.1. Coculpabilidade e culpabilidade pela vulnerabilidade.....p.173**
 - 5.1.2. Afastamento das circunstâncias “personalidade” e “conduta social”p.177**

5.1.3. Limitação das circunstâncias subjetivas “antecedentes” e “motivos do crime”	p.187
5.1.4. Valorização das circunstâncias objetivas “circunstâncias” e “consequências do crime”	p.196
5.1.5. Limitação da circunstância “comportamento da vítima”	p.205
5.1.6. Delimitação do montante do aumento e da diminuição nas primeira e segunda fases do cálculo	p.208
5.2. Medidas contrasseletivas referentes à fixação do regime prisional e à substituição ou não por pena(s) restritiva(s) de direitos e/ou multa	p.212
<u>CONCLUSÕES</u>	p.228
<u>BIBLIOGRAFIA</u>	p.232

SELETIVIDADE DO SISTEMA PENAL E MEDIDAS CONTRASSELETIVAS NO ÂMBITO DA TEORIA DA DETERMINAÇÃO DA PENA

INTRODUÇÃO

O sistema penal brasileiro é seletivo. Tal afirmação pode ser considerada, por muitos, um lugar comum na discussão teórica e prática do sistema punitivo vigente. Dificilmente se encontrará alguém que estude o sistema penal, ou mesmo que nele atue, que discorde dessa afirmação. Também se encontra certo consenso que a seletividade é essencialmente deletéria, por configurar uma afronta ao princípio da igualdade.

No entanto, o conceito do que é seletividade, sua constatação e determinação em termos objetivos, seu alcance no sistema penal brasileiro e as razões jurídicas para sua refutação, normalmente, não são aspectos devidamente delimitados e aprofundados pela doutrina. Tal situação faz com que o operador do sistema penal, mormente no plano da dogmática penal e processual penal, não tenha como claras as situações em que a seletividade se manifesta e não tenha fundamentação sólida para que possa se contrapor juridicamente em face dela.

Por outro lado, no âmbito da dogmática não se encontram medidas sistematizadas com o objetivo de minorar a seletividade do sistema penal. Apenas encontram-se medidas esparsas quando do estudo de institutos específicos, que podem ter efeito contrasseletivo (p. ex., dentre outros, a justificação de criminalização de lesões a bens difusos, o reconhecimento do princípio da insignificância, o estudo da coculpabilidade e da culpabilidade como vulnerabilidade social), mas não se encontram trabalhos que proponham, de maneira sistemática, medidas contrasseletivas com o objetivo de se contrapor à seletividade do sistema penal. Nesse contexto, o operador do direito ou tende a se conformar com a seletividade do sistema penal, ou defende sua completa ilegitimidade, tendo dificuldade teórica para defender a legitimidade do sistema penal sob uma ótica mais equilibrada, ao mesmo tempo não conformista e realista, buscando a efetivação do princípio da igualdade no âmbito penal.

Frise-se que se conformar com a seletividade significa ignorar que ela é uma afronta clara ao princípio da igualdade, além de não permitir que sejam pensados mecanismos para que ela seja, ao menos, minorada. Tal posição, portanto, não é juridicamente sustentável.

No plano doutrinário brasileiro, por sua vez, é mais comum a posição que, ao estudar a seletividade, a entende como razão suficiente para a deslegitimação do sistema penal. De fato, no Brasil a seletividade do sistema penal é usualmente analisada sob uma visão externa do sistema penal, geralmente conduzida por estudos sociológicos, com objetivo primordial de diagnosticar a seletividade do sistema penal, em contraposição ao mito jurídico de sua aplicação equânime. Já quando abordada por juristas e criminólogos, a seletividade é normalmente vista sob uma lógica criminológica crítica, como motivo incontornável para a deslegitimação do direito penal e do próprio sistema penal, sustentando ou sua abolição, ou sua revolucionária transformação, ou sua maior restrição possível.

Todavia, procurar substituir o sistema penal não impede que eventual substituto não venha a ser até mais seletivo que o sistema atual, sem as garantias que o diferencia de outras formas de controle social.

O presente trabalho busca contribuir para amenizar tais lacunas, *delimitando o que se entende por seletividade, delineando como ela se manifesta no sistema penal brasileiro* e, sob um marco de legitimidade do sistema penal, *estudando medidas contrasseletivas no âmbito do sistema vigente, com objetivo de minorar os efeitos da seletividade fática do sistema penal*, de forma a contribuir para um sistema punitivo mais justo, equânime e democrático, ressaltando-se que o sistema penal ideal, como a democracia, é sempre um projeto inacabado.

Essa parece ser a abordagem que melhor se coaduna com o atual contexto jurídico e social, no qual não se vislumbra qualquer possibilidade de se eliminar ou reduzir indiscriminadamente a órbita de atuação do sistema penal, que pode (e deve) ser direcionado para metas socialmente construtivas, visando à proteção dos direitos fundamentais, afrontados tanto pela prática de crimes quanto por eventual arbitrariedade estatal.

Pondera-se que é possível repensar todos os aspectos do sistema criminal, com abrangência na investigação e processo penal, teoria do delito e teoria da pena, com base em uma abordagem contrasseletiva. Todavia, o presente trabalho se delimitará a abordar a identificação, desenvolvimento e viabilidade de estratégias contrasseletivas no âmbito da teoria da pena, mais especificamente, no tocante à teoria da determinação da pena.

O foco proposto se justifica pelo fato de parecer ser possível, no âmbito da teoria da determinação da pena, o maior número de medidas contrasseletivas que podem ser tomadas sem que sejam necessárias mudanças legislativas, sobretudo no âmbito do direito penal, diante da abertura semântica dos preceitos legais que regem a determinação da pena, assim como diante da enorme seletividade fática que se encontra nessa seara.

Admite-se a importância de mudanças legislativas com objetivo de diminuir a seletividade do sistema penal, sendo certo que existem dispositivos penais e processuais penais claramente desiguitários no ordenamento vigente, que serão mencionados ao longo do trabalho. No entanto, o aprofundamento se dará a partir do paradigma do direito posto, onde o estudo a ser desenvolvido tende a ser mais fecundo.

O trabalho será dividido em cinco capítulos.

No primeiro capítulo será inicialmente (tópico 1.1.) aprofundada a conceituação de seletividade como afronta ao princípio da igualdade, estruturando-se tal conceito juridicamente, com o objetivo de sua clara identificação e delimitação.

Em seguida (tópicos 1.2. a 1.2.2.), será analisado o modo que a seletividade se manifesta no sistema penal e serão abordadas hipóteses de tratamento seletivo no sistema penal brasileiro, nas duas fases de criminalização do sistema punitivo, quais sejam, incriminação em abstrato de condutas (criminalização primária) e incriminação em concreto de indivíduos, o que inclui a investigação, acusação e julgamento, assim como a execução penal (criminalização secundária).

Após tal abordagem, será feito um excuro sobre a “reação social, o *labelling approach* e a seletividade do sistema penal” (tópico 1.3.).

Seguindo o estudo (tópico 1.4.), será visto como a seletividade se reflete nos índices brasileiros de prisionização, verificando-se a super-representação dos segmentos

vulneráveis nos presídios. Por meio de excursão, será estudada a “criminalidade de colarinho branco” e sua sub-representação nas estatísticas criminais (tópico 1.5.).

No segundo capítulo, será feita uma abordagem de como determinados discursos políticos criminais atuais alimentam a seletividade do sistema penal. Após a delimitação da abordagem (tópico 2.1.), serão abordados o “garantismo penal e teoria agnóstica da pena” (tópico 2.2.), a “expansão e contenção do direito penal” (tópico 2.3.), “lei e ordem, janelas quebradas e tolerância zero” (tópico 2.4.) e a “política criminal atuarial” (tópico 2.5.).

O terceiro capítulo será destinado ao estudo da teoria da determinação da pena e da seletividade existente nessa seara. Primeiramente (tópico 3.1.), serão abordados os aspectos gerais da teoria da determinação da pena no direito brasileiro, passando (tópico 3.2.) para a análise do subjetivismo na aplicação da pena e como ele alimenta a seletividade do sistema penal.

Em continuidade (tópico 3.3.) será feito um excursão sobre o direito penal do autor e a periculosidade de imputáveis como herança do positivismo criminológico e sua relação com a seletividade do sistema penal brasileiro.

O quarto capítulo se iniciará (tópico 4.1.) com o desenvolvimento da ideia de legitimação do sistema penal por meio da proposta de medidas contrasseletivas como instrumento para um sistema penal mais justo. Será determinado o que se entende por medidas contrasseletivas no presente trabalho, diferenciando-se tal instrumental teórico de um conceito muito amplo de medida contrasseletiva, que poderia ser entendida como qualquer medida apta a diminuir a seletividade do sistema penal. Tratando-se de uma tese na área do direito, será delimitado um conceito mais restrito de medida contrasseletiva, operacional ao estudo dogmático jurídico objeto do presente trabalho.

O que se propõe, em resumo, quando se sustenta a aplicação de medidas contrasseletivas no âmbito da dogmática jurídica, é o seguinte: identificação de catalisadores legais que permitem a seletividade e a propositura de medidas jurídicas que consistem: 1) na interpretação de tais catalisadores de modo a afastar a diferenciação arbitrária da aplicação prática, quando possível tal interpretação, ou 2) na sustentação da

inconstitucionalidade de tais dispositivos legais catalisadores da seletividade, por afronta ao princípio da igualdade, quando impossível uma interpretação juridicamente sustentável.

Também será sustentada (tópico 4.2.) a maior efetivação possível do direito penal do fato como norte teórico para qualquer medida contrasseletiva, e serão expostas observações gerais no tocante à teoria da pena (tópico 4.3. a 4.3.3.).

No quinto capítulo, será abordada a questão relativa à adoção de medidas contrasseletivas no tocante à fixação do montante da pena (tópicos 5.1. a 5.1.5.), tendo como principal base legal os elementos do artigo 59, “caput”, do Código Penal (circunstâncias judiciais - 1ª fase do cálculo de pena), cuja abertura semântica permite interpretações bastante seletivas. Também será feita uma aproximação à questão referente ao montante do aumento e da diminuição nas primeira e segunda fases do cálculo de pena (tópico 5.1.6.). Frise-se que objetivo não é explicar pormenorizadamente os institutos, mas sim delimitá-los e explicar como pode ser feita uma releitura contrasseletiva na aplicação prática.

Na mesma toada (tópico 5.2.), serão estudadas medidas contrasseletivas referentes à fixação do regime prisional e à substituição ou não por pena(s) restritiva(s) de direitos e/ou multa, abordando-se os dispositivos legais pertinentes e objetivando uma leitura contrasseletiva.

Em suma, o trabalho parte de um amplo diagnóstico da seletividade do sistema penal, com enfoque na realidade brasileira e no sistema brasileiro de determinação da pena (capítulos 1 a 3), chegando à defesa da legitimação do sistema penal, buscando-se uma maior igualdade material na aplicação da pena (capítulos 4 e 5). Dessa forma, a pretensão científica do trabalho é aprofundar a abordagem da seletividade no plano jurídico penal e propor uma forma de diminuir o impacto da seletividade no âmbito da teoria da determinação da pena.

1 - SELETIVIDADE DO SISTEMA PENAL

1.1. Conceito de seletividade

“Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”. Assim se inicia o artigo 5º da Constituição Federal brasileira, encabeçando todo o sistema dos direitos e garantias fundamentais com o princípio da igualdade, verdadeira pedra angular que corporifica a essência do ideal de Justiça em nosso sistema jurídico. O princípio da igualdade também se situa no ápice da normativa internacional de proteção aos direitos humanos, estando previsto já no primeiro artigo da Declaração Universal de 1948, subscrita pela Brasil.

Entende-se que, devido ao princípio da igualdade, a “Lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulador da vida social que necessita tratar equitativamente todos os cidadãos”.¹ Nota-se, portanto, que a igualdade condiciona e limita a própria legalidade, princípio fundamental do direito penal, segundo o qual não há crime sem lei anterior que o defina e não há pena sem prévia cominação legal (artigo 5º, inciso XXXIX da Constituição Federal e artigo 1º do Código Penal).

Nesse contexto, é possível sustentar que a igualdade e a legalidade são os princípios mais relevantes na convalidação do sistema penal em um Estado Democrático de Direito, no qual se espera que o direito penal não seja um meio de opressão e sim meio de proteção dos direitos fundamentais de todos os indivíduos (igualdade), nos termos da lei (legalidade).

O princípio da igualdade, todavia, encontra grande dificuldade de concretização perante a sociedade, diante da constatação teórica e prática do caráter extremamente seletivo do sistema penal.²

¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p.10.

² Dissertando sobre a igualdade perante a lei penal, afirma JOSÉ AFONSO DA SILVA: “Essa igualdade não há de ser entendida, como dissemos, como aplicação da mesma pena para o mesmo delito.” “Mas deve significar que a mesma lei penal e seus sistemas de sanção hão de se aplicar a todos quantos pratiquem o fato típico nela definido como crime.” “Sabe-se por experiência, contudo, que os menos afortunados ficam muito mais sujeitos aos rigores da justiça penal que os mais aquinhoados de bens materiais.” “As condições reais de desigualdade condicionam o tratamento desigual perante a lei penal, apesar do princípio da isonomia

Com efeito, desde uma perspectiva legislativa até o modo como as leis penais são aplicadas pelos operadores do direito, torna-se claro que o direito penal não se aplica de maneira homogênea para todas as pessoas, sendo intuitiva a diferenciação existente na atuação do sistema penal, a depender do tipo de agente que costuma praticar ou que efetivamente praticou o crime.

Do ponto de vista legislativo, é manifesta a possibilidade de escolhas seletivas por parte do intérprete, na medida em que, conforme expõe OSCAR MELLIM FILHO,

a formulação técnica das figuras delitivas nas condutas características das camadas mais baixas é sempre mais simples, mais apertada, enquanto nas condutas mais típicas das classes dominantes a formulação das figuras delitivas dá margem a interpretações mais amplas.³

De fato, conforme expõe ALAMIRO VELLUDO SALVADOR NETTO,

a incidência da tutela penal sobre indivíduos provenientes das classes sociais economicamente desfavorecidas decorre, em algum grau, das próprias escolhas legislativas no tocante ao conteúdo dos tipos penais.⁴

Isso porque,

o comportamento descrito no preceito primário e a pena cominada no preceito secundário, embora se apresentem formalmente como imposições dirigidas igualmente a todos, materialmente contribuem para a seletividade dos indivíduos que estarão, provavelmente, submetidos às amarras do sistema criminal.⁵

Já do ponto de vista dos aplicadores do direito, também se constata que

a par da classificação dos crimes por parte das leis, conta o sistema penal com uma segunda instância classificatória que ora complementa a primeira, ora

assegurado a todos pela Constituição (art.5º).” (SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p.223).

³ MELLIM FILHO, Oscar. *Criminalização e Seleção no Sistema Jurídico Penal*. São Paulo: IBCCRIM, 2010, p.65 (o autor fundamenta o trecho citado em KARAM, Maria Lúcia. *De Crimes, penas e fantasias*. Niterói: Luam, 1991, p.86).

⁴ SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Direito penal e Propriedade Privada: A racionalidade do sistema penal na tutela do patrimônio*. São Paulo: Atlas, 2014, p.158.

⁵ SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Direito penal e Propriedade Privada: A racionalidade do sistema penal na tutela do patrimônio*. São Paulo: Atlas, 2014, p.158.

modifica parte de seu conteúdo aparente, ora se dedica à criação de uma classificação inteiramente nova.⁶

Tal instância é conduzida pelos operadores do direito, sendo efetiva a atuação seletiva de tais operadores nas diversas fases de atuação do poder punitivo estatal (investigação, acusação, julgamento e execução). Assim, apesar do discurso legitimador do sistema penal se escorar na igualdade de todos perante a lei, é possível constatar um tratamento seletivo do sistema penal nos diversos níveis de atuação do sistema punitivo.

De fato, conforme expõe PAULO CÉSAR BUSATO, é perceptível que o

controle social não é exercido de modo uniforme e igual. A decantada igualdade perante a lei, de cunho meramente formal, traduz-se, na prática, em uma fórmula que abre espaço para que outras diferenças, especialmente as de cunho social e econômico, interfiram na produção final do perfil de atuação do sistema jurídico-penal. Daí que se pode facilmente perceber a natureza seletiva e discriminatória do controle social pelo sistema punitivo.⁷

Em outras palavras, devido ao próprio caráter estamental da sociedade⁸, onde se constata um claro caráter diferenciador entre os indivíduos, a depender de circunstâncias sociais, econômicas e culturais, é possível verificar um tratamento diferenciado do poder punitivo, de acordo com a posição social do autor do crime.

Dessa feita, como primeira aproximação à problemática da definição do que é seletividade no sistema penal, pode-se conceituar a *seletividade* como *tratamento desigualitário de pessoas pelo sistema penal, em circunstâncias similares*. Tal tratamento viola o princípio constitucional da igualdade, o que justifica a sua refutação em nosso sistema jurídico.

Admite-se, mesmo no plano ideal, que a seletividade é inerente ao próprio sistema penal. No plano do direito penal, por exemplo, a doutrina sustenta ser a

⁶ MELLIM FILHO, Oscar. *Criminalização e Seleção no Sistema Jurídico Penal*. São Paulo: IBCCRIM, 2010, p.250.

⁷ BUSATO, Paulo César. *Fundamentos para um Direito Penal Democrático*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p.75-76. Em sentido similar, focando no cálculo de pena, cf. PASCHOAL, Luana. *O juiz e a aplicação da pena: análise doutrinária, jurisprudencial e deontológica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p.16.

⁸ Sobre o caráter estamental da sociedade brasileira, cf. FAORO, Raymundo. *Os Donos do Poder: Formação do patronato político brasileiro*. 5ª ed. São Paulo: Globo, 2012, *passim* (principalmente p.819-838).

fragmentariedade e a subsidiariedade princípios fundamentais de um direito penal democrático e eficiente, devendo tal ramo do direito ser a *ultima ratio* do controle social, destinado às condutas mais graves.⁹ Nesse contexto, certamente algumas condutas devem ser selecionadas pelo legislador como aquelas que merecem a tutela penal, sendo certo que definir quais são as condutas mais gravosas não deixa ter um elevado caráter de discricionariedade política, o que demonstra, de antemão, o caráter seletivo dessa forma de controle social.

No plano da atuação concreta do sistema penal, da mesma forma, partindo-se do pressuposto da falibilidade do controle social, é natural que nem todas as condutas criminosas cheguem ao conhecimento do poder punitivo estatal e que aquelas que cheguem não venham a ser devidamente processadas ou, mesmo que processadas, não venham a ser todos os autores punidos. Na verdade, como pode ser visto por meio da questão da cifra negra, apenas uma fração dos crimes praticados são efetivamente relatados, investigados, processados, julgados e seus autores condenados.¹⁰

O problema, todavia, não é a seletividade teórica e abstrata do sistema penal ou mesmo aquela advinda da falibilidade do sistema penal, inerente a qualquer atuação humana, e sim a *seletividade com viés*, que é possível constatar tanto nos discursos teóricos sobre o sistema penal, quanto na aplicação prática do sistema nos diversos níveis de atuação do poder punitivo. Entende-se tal *viés* como qualquer *diferenciação arbitrária*, por parte do criador ou aplicador da norma penal, entre condutas com gravidade similar, o que afronta indiscutivelmente o princípio da igualdade, sendo juridicamente insustentável.

⁹ O princípio da intervenção mínima do direito penal goza de ampla aceitação doutrinária, limitando e racionalizando a intervenção punitiva estatal, dele decorrendo os princípios da fragmentariedade e da subsidiariedade do direito penal. Em resumo, por fragmentariedade entende-se que “somente as agressões mais intoleráveis ao bem jurídico devem ser proibidas” e por subsidiariedade entende-se que “a pena é o último recurso de que dispõe o Estado para resolver os conflitos” (FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos; NÚÑES PAZ, Miguel Angel; OLIVEIRA, William Terra; BRITO, Alexis de Couto. *Direito Penal Brasileiro: Parte Geral*. São Paulo, RT, 2011, p.93-95). Sobre a intervenção mínima, cf. ROBERTI, Maura. *A intervenção mínima como princípio no direito penal brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001, *passim*.

¹⁰ Sobre a cifra negra e a sua ligação com a seletividade do sistema penal, cf. ALBRECHT, Peter-Alexis. *Criminologia: Uma Fundamentação para o Direito Penal*. Trad. Juarez Cirino dos Santos e Helena Schiessl Cardoso. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.244-245; THOMPSON, Augusto. *Quem são os criminosos?* 2ªed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p.1-19; CERVINI, Raúl. *A cifra negra da criminalidade oculta*. Trad. José Henrique Pierangelli e Maria Alice Andrade Leonardi. In: FRANCO, Alberto Silva; NUCCI, Guilherme de Souza (orgs.). *Doutrinas Essenciais Direito Penal*. V.1. São Paulo: RT, 2011, p.215-231; FORTI, Gabrio. *Tra criminologia e diritto penale: brevi note su cifre nere e funzione general preventiva della pena*. In: Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, Milano, v. 25, 1982, *passim*.

A *diferenciação* deve ser considerada *arbitrária* quando, em *igualdade de circunstâncias, objetivas e subjetivas, mas sempre vinculadas ao fato, uma conduta penalmente relevante ou uma pessoa suspeita ou condenada por praticar tal conduta, tiver tratamento diferenciado pelos operadores do sistema penal.*

Eventual diferenciação, aplicando-se a lição de CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELO¹¹ na seara penal, *não será considerada arbitrária apenas se o fator de diferenciação tiver amparo na Constituição Federal* (p. ex. tratamento diferenciado para mulheres grávidas e pessoas com necessidades especiais), *devendo haver correlação lógica entre o fator de discriminação e a desequiparação procedida.*¹²

Ademais, tal desequiparação deve respeitar o princípio da proporcionalidade, sendo íntima a ligação entre a igualdade e a proporcionalidade. Nesse sentido, esclarece MARIÂNGELA GAMA DE MAGALHÃES GOMES:

Especificamente no que diz respeito à proporcionalidade nas escolhas legislativas de incriminações, o *princípio da igualdade significa a proibição, para o legislador ordinário, de discriminações arbitrárias*: impõe que a situações iguais corresponda um tratamento igual, no mesmo modo que a situações diferentes deve corresponder um tratamento diferenciado. Isso se dá uma vez que o *princípio da igualdade* não se refere, apenas, a direitos e deveres políticos, mas *ordena ao legislador que preveja com as mesmas consequências jurídicas os fatos que em linha de princípio sejam comparáveis, e lhe permite realizar diferenciações apenas para as hipóteses em que exista uma causa objetiva - pois caso não se verifiquem motivos dessa espécie, haverá diferenciações arbitrárias*. Assim, onde existir diferenças, o princípio da proporcionalidade exige que a diferenciação das consequências jurídicas seja produzida em correspondência com aquelas - e somente nos limites do significado de tais diferenças, consideradas objetivamente.¹³

¹¹ Cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, *passim*.

¹² Sobre a teoria da “desigualdade justificada” adotada pela Constituição Federal, com base no pensamento de CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELO, esclarecendo suas consequências jurídicas, cf. RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p.570-580. A respeito do princípio da igualdade na seara penal, cf. COSTA, José de Faria. *O princípio da igualdade, o direito penal e a constituição*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 21, n. 100, janeiro-fevereiro de 2013, p.227-252.

¹³ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal*. São Paulo: RT, 2003, p.67 (destaques meus).

Acrescenta-se apenas que o mesmo raciocínio aplicado ao legislador se estende a *todos os operadores do sistema penal*, com as adaptações que se fizerem pertinentes a cada função: *todos devem manter um tratamento igualitário, sendo tolerados tratamentos diferenciados apenas e tão somente quando razões de cunho constitucional se impuserem.*

No sistema penal a diferenciação arbitrária pode ser constatada por meio da percepção de que as condutas de pessoas com menos poder político, social e econômico tendem a ser mais criminalizadas, seja na probabilidade da criminalização, seja na intensidade da punição, do que aquelas praticadas pelos detentores do poder, independentemente da gravidade social em concreto da conduta eventualmente praticada. Isso faz com que o direito penal tenha “cheiro, cor, raça, classe social”, que recaia sobre um “grupo de escolhidos” sobre quem incidirá, prioritariamente, “a manifestação da força do Estado.”¹⁴

Assim, complementando a definição de seletividade, podemos acrescentar que *o tratamento desigualitário de pessoas pelo sistema penal, que configura a seletividade, é motivado por vieses juridicamente insustentáveis (diferenciações arbitrárias), baseados em circunstâncias alheias à conduta cometida, sem qualquer motivação de cunho constitucional, agravando a situação de pessoas integrantes de grupos sociais mais vulneráveis.*

Em suma, é possível conceituar juridicamente a *seletividade* como *tratamento desigualitário de pessoas pelo sistema penal, em circunstâncias similares, motivado por diferenciações arbitrárias, ou seja, constitucionalmente insustentáveis.* Com base nesse conceito, é possível identificar a seletividade de determinado tratamento, no plano legal ou concreto, e justificar sua refutação, tendo em vista a inconstitucionalidade por afronta ao princípio da igualdade.

1.2. Seletividade explícita, implícita e etapas de criminalização

Entende-se a seletividade como produto de uma realidade social, cultural e econômica complexa, com vários atores sociais contribuindo para sua existência e

¹⁴ GRECO, Rogério. *Direito Penal do Equilíbrio*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2017, p.157.

dimensão. De fato, agências legislativas, policiais, judiciais, prisionais e mesmo da sociedade civil, como é o caso da mídia de massas, contribuem para o perfil seletivo de determinado sistema penal, de forma mais ou menos intensa.

O complexo fenômeno da seletividade vem sendo estudado, ao longo do tempo, por autores de diversas orientações criminológicas, sobretudo sob o prisma da reação social, que altera o paradigma de análise do fenômeno criminoso e suas causas para o controle social que considera tal conduta criminosa. Ressalva-se que autores que trabalham sob o paradigma etiológico¹⁵, como o caso de SUTHERLAND¹⁶, chegaram a se aproximar da questão da seletividade do controle social penal. No entanto, o estudo específico da seletividade veio a ser mais aprofundado ao se mudar o enfoque das causas do delito para a reação social a ele, no caso, focando-se no aspecto seletivo da reação social.

Dentro do paradigma da reação social existem autores com orientações criminológicas diversas que abordam a questão da seletividade do sistema penal, destacando-se aqueles integrantes das vertentes do *labelling approach*¹⁷, da criminologia do conflito¹⁸ e da criminologia crítica¹⁹. De fato, existe farta bibliografia estudando, profundamente, o porquê de o sistema punitivo ser seletivo, assim como aspectos

¹⁵ Destaca-se que etiologia é a “pesquisa ou determinação das causas de um fenômeno.” (ABBGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. Trad. Alfredo Bosi e Ivone Castilho Benedetti. 6ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012, p.452). No campo criminológico, se usa o termo etiologia para se referir às causas da criminalidade, podendo essas ser individuais (referentes ao indivíduo criminoso) ou sociais (referentes à sociedade, ou seja, ao contexto circundante ao indivíduo).

¹⁶ Cf. item I 3.1. infra.

¹⁷ Cf. item I 2.3. infra.

¹⁸ Cf., exemplificativamente, VOLD, Georg B.; BERNARD, Thomas J.; SNIPES, Jeffrey B. *Theoretical Criminology*. 5ª ed. New York: Oxford University Press, 2002 (a primeira edição, que possui apenas VOLD como autor, é de 1958); TURK, Austin. *Criminality and Legal Order*. 3ªed. Chicago: RandMcNally, 1972, *passim* (um resumo dos pontos essenciais da teoria de TURK, feito pelo próprio autor, pode ser encontrado em TURK, Austin. *Conflict and Radical Theories*. In: LANIER, Mark M.; HENRY, Stuart (ed.). *The Essential Criminology Reader*. Colorado: Westview, 2006, p.185-190). Destaca-se, como lastro científico da criminologia do conflito, a obra de DAHRENDORF. Cf. DAHRENDORF, Ralf. *Class and Class Conflict in Industrial Society*. London: Routledge & Kegan Paul, 1959, especialmente p.157-240.

¹⁹ Cf., exemplificativamente, TAYLOR, Ian; WALTON, Paulo; YOUNG, Jock (org.). *Criminologia Crítica*. Trad. Juarez Cirino dos Santos e Sérgio Tancredo. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1980, *passim*; BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica ao Direito Penal*, 2ªed. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999, *passim*. Destaca-se a base teórica marxista das diversas correntes da criminologia crítica.

criminológicos da seletividade e elencando diversas hipóteses de ocorrência de seletividade em diferentes ordenamentos jurídicos.²⁰

No presente trabalho, tendo em vista a pretensão científica de aprofundar a abordagem da seletividade no plano jurídico penal, objetivando facilitar a sua identificação e refutação jurídica, propõe-se, valendo-se de instrumental teórico da criminologia, uma divisão entre seletividade *explícita* e *implícita*, objetivando facilitar a identificação da seletividade quando da criminalização, primária ou secundária, de determinada conduta. Anota-se que o presente trabalho se vale dos conceitos de *criminalização primária* e *secundária* desenvolvidos pela doutrina criminológica, delimitados de forma sintética e didática por CRISTIANO FALK FRAGOSO:

A *criminalização primária* é o ato e o efeito de sancionar uma lei penal material, que incrimina ou permite a punição de certas pessoas; a criminalização primária é um programa, que instituído pelas agências políticas, geralmente sob a influência de algum empresário moral (i.e., algum grupo de poder que pressiona pela edição de lei penal), deve ser cumprido por agências diferentes daquelas que o formulam.

Já a *criminalização secundária* consiste na ação punitiva exercida sobre pessoas concretas, que tem lugar quando as agências policiais detectam uma pessoa (à qual se atribui um certo ato criminalizado primariamente), investigam-na,

²⁰ Cf., exemplificativamente, em manuais: ALBRECHT, Peter-Alexis. *Criminologia: Uma Fundamentação para o Direito Penal*. Trad. Juarez Cirino dos Santos e Helena Schiessl Cardoso. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.221-461; DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia: O Homem Delinquente e a Sociedade Criminógena*. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p.365-557; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro*. V.1. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p.43-59. Em monografias: ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão da segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, principalmente p.235-307; BERNARDES, Helton Fonseca. *Estratégias Punitivas e Legitimação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005, *passim*; CASTILHO, Ela Wiecko de. *O controle penal nos crimes contra o sistema financeiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, *passim*; CHAVES JÚNIOR, Aírto; OLDONI, Fabiano. *Para que(m) serve o Direito Penal? Uma análise da seletividade dos segmentos de controle social*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, *passim*; FERREIRA, Carolina Costa. *Discursos do sistema penal: a seletividade no julgamento dos crimes de furto, roubo e peculato nos Tribunais Regionais Federais do Brasil*. Curitiba: CRV, 2013, *passim*; FRAGOSO, Cristiano Falk. *Autoritarismo e Sistema Penal*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p.14-20 e 289-297; GROSNER, Marina Quezado. *A seletividade do sistema penal na jurisprudência no Superior Tribunal de Justiça: o trancamento da criminalização secundária por decisões em habeas corpus*. São Paulo: IBCCRIM, 2008, *passim*; KARAM, Maria Lúcia. *De Crimes, penas e fantasias*. 2ª ed. Niterói: Luam, 1993, p.195-207; MELLIM FILHO, Oscar. *Criminalização e Seleção no Sistema Jurídico Penal*. São Paulo: IBCCRIM, 2010, *passim*; NEPOMOCENO, Alessandro. *Além da Lei: A face oculta da sentença penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2004, *passim*; REIMAN, Jeffrey; LEIGHTON, Paul. *The rich get richer and the poor get prison*. 11ª ed. New York/London: Routledge, 2017, *passim*; THOMPSON, Augusto. *Quem são os criminosos?* 2ªed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p.45-94; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*. Trad. Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 2001, *passim*.

privam-na, em alguns casos, de liberdade ambulatoria, submetem-na a uma agência judicial, que admite um processo, no qual é discutida e eventualmente, aplicada uma pena, que é executada por uma agência penitenciária.²¹

Ressalva-se, todavia, que existem outras classificações possíveis da seletividade, destacando-se a divisão entre seletividade quantitativa (produto da defasagem entre a criminalização primária e secundária, devido à falta de recursos disponíveis do sistema para a operacionalização da criminalização primária²²) e a qualitativa (produto da atuação dos operadores do direito no âmbito da criminalização secundária, com base nas condutas e autores criminalizados, valendo-se de aspectos que transcendem o ordenamento jurídico²³). Entendemos que a seletividade implícita, em termos gerais, engloba a seletividade quantitativa e qualitativa.

Na divisão proposta no presente trabalho, a seletividade pode ser explícita ou implícita a depender da etapa de criminalização em que ela se manifesta, sendo possível, como veremos a seguir, constatar diferenças na seletividade a depender da etapa de criminalização em questão (primária ou secundária).

No caso do sistema penal brasileiro é possível constatar tanto casos de seletividade explícita quanto implícita. É impossível abordar e aprofundar todos os casos de seletividade existentes, mas serão analisadas, nos tópicos a seguir, algumas hipóteses bem claras, nas fases de atuação do poder punitivo; todas exemplos de diferenciação arbitrária que caracteriza a seletividade penal.

Adverte-se, todavia, como já adiantado na introdução, que o presente trabalho não comunga do pensamento comum a correntes críticas, que a seletividade seria razão invencível para a deslegitimação do sistema penal, o que justificaria a abolição desse

²¹ FRAGOSO, Cristiano Falk. *Autoritarismo e Sistema Penal*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p.14. O autor baseia o seu conceito na obra de LOLA ANIYAR DE CASTRO. Cf. CASTRO, Lola Aniyar de. *El proceso de criminalización*. In: Capítulo Criminológico, nº1, 1973, p.69-70.

²² ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão da segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p.262-265.

²³ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão da segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 265-274. DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia: O Homem Delinquente e a Sociedade Criminógena*. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p.369 e ss.

sistema, sua revolucionária transformação ou maior contração possível.²⁴ A simples eliminação ou enorme contração do sistema punitivo não soluciona a questão da seletividade, podendo, inclusive, agravá-la.

Com efeito, é razoável entender que “a proposta de abolição do sistema penal exige que se proponha uma sociedade auto-regulada, que busque resolver os conflitos pela mediação, em uma compreensão utópica e generosa”²⁵. Entretanto, sob uma perspectiva realista, eventuais meios alternativos de resolução de conflitos estarão sujeitos aos mesmos condicionantes sociais da seletividade do sistema penal, sem as garantias desse sistema, dando vazão a todo tipo de arbitrariedade, em detrimento do que se espera de um Estado garantidor dos direitos fundamentais de seus cidadãos.

Nesse sentido, ponderam JORGE DE FIGUEIREDO DIAS e MANUEL DA COSTA ANDRADE que “os sistemas alternativos de controle, designadamente os informais, acabam por reproduzir as desigualdades sociais em maior escala que o sistema penal.”²⁶ Completa PAULO DE SOUZA QUEIROZ, afirmando que o

direito civil, o direito do trabalho, o direito tributário, por exemplo, são tão seletivos, tão violadores de garantias constitucionais e podem ser tão violentos quanto o direito penal. Nem por isso se conhece uma teoria abolicionista do direito civil, trabalhista ou tributário. A ser coerente, o abolicionismo teria que se estender a todo o controle social, a começar pelos controles jurídicos não-penais, não se limitando ao direito penal.²⁷

²⁴ Cf., nesse sentido, os paradigmáticos estudos de JUAREZ CIRINO DOS SANTOS (*A Criminologia Radical*. 3ª ed. Curitiba: ICPC/Lumen Juris, 2008 - a primeira edição é de 1981), AUGUSTO THOMPSON (*Quem são os criminosos?* 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007 - a primeira edição é de 1983), VERA REGINA PEREIRA DE ANDRADE (*A ilusão da Segurança Jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2015 - a primeira edição é de 1997) e, mais recentemente, de OSCAR MELLIM FILHO (*Criminalização e Seleção no Sistema Jurídico Penal*. São Paulo: IBCCRIM, 2010). Defendendo o abolicionismo penal, cf. HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernart de. *Penas Perdidas: O Sistema Penal em Questão*. Trad. Maria Lúcia Karam. Niterói: Luam, 1993, *passim*; PASSETI, Edson (coord.); KARAM, Maria Lúcia; OLIVEIRA, Salete de; RODRIGUES, Thiago; BATISTA, Vera Malaguti; BATISTA, Nilo. *Curso Livre de Abolicionismo Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2005, *passim*.

²⁵ REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de Direito Penal: Parte Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.327.

²⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia: O Homem delinquente e a Sociedade Criminógena*. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p.415.

²⁷ QUEIROZ, Paulo de Souza. *Funções do Direito Penal*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2005, p.107-108. Na mesma obra encontra-se ampla análise das importantes críticas do abolicionismo ao sistema penal (p.85-108).

Em outras palavras, na ausência do sistema penal, ou mesmo no caso de contração extrema desse sistema²⁸, ou de sua revolucionária transformação (que implica a destruição do sistema vigente e construção de um novo), os detentores do poder político, social e econômico, ocupantes dos segmentos mais privilegiados da sociedade, continuariam a ser beneficiados por posturas benevolentes na interpretação e punição de suas condutas, pouco importando a enorme gravidade que eventualmente tenham suas ações, sobretudo na afronta a bens difusos, não tendo o Estado e a sociedade nenhum instrumental mais incisivo, apto a fornecer uma resposta proporcional à gravidade de tais condutas. Da mesma forma, pessoas ocupantes de grupos mais vulneráveis poderiam ter suas condutas ainda mais punidas, sobretudo informalmente (p. ex. linchamentos²⁹), não tendo as garantias inerentes a um sistema penal democrático.³⁰

Assim, o presente trabalho não comunga da perspectiva de redução extrema do sistema penal, de sua revolucionária modificação ou de sua abolição, e sim sugere medidas contrasseletivas como um meio de minorar a seletividade do sistema penal, como será visto adiante.³¹ Não obstante, primeiro é necessário abordar a manifestação da seletividade no sistema penal brasileiro, em suas diferentes etapas de criminalização, o que será feito a seguir.

1.2.1. Seletividade explícita e criminalização primária

A *seletividade explícita* é o tratamento arbitrariamente diferenciado de pessoas no plano da criminalização primária.³² Com efeito, essa modalidade de seletividade se dá no âmbito abstrato-normativo (criminalização primária), por meio de regras jurídicas

²⁸ Cf. tópico 2.3. infra.

²⁹ Para uma abordagem sociológica do complexo tema dos linchamentos, cf. MARTINS, José de Souza. *Linchamentos: a justiça popular no Brasil*. São Paulo: Contexto, 2015, *passim*.

³⁰ Crítica semelhante é feita pelo garantismo penal. Cf. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. Trad. Ana Paula Zomer Sica et. al. 2ª ed. São Paulo: RT, 2006, p.230-232 e 317-319 (o autor considera o abolicionismo penal uma utopia regressiva). O garantismo penal, cuja proposta política criminal também alimenta a seletividade, será abordado no tópico 2.2. infra.

³¹ Cf. capítulos 4 e 5 infra.

³² Para um amplo estudo específico sobre a seletividade na criminalização primária no ordenamento jurídico brasileiro, cf. BERNARDES, Helton Fonseca. *Estratégias Punitivas e Legitimação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005, *passim*.

diferenciadoras, podendo ser identificada de plano, em que pese em alguns casos sejam bastante sutis. Trata-se de seletividade que ocorre quando duas situações análogas são tratadas diferentemente pelo sistema penal.

Como exemplo claro da seletividade explícita pode ser citada a contravenção penal de vadiagem, prevista no artigo 59 da Lei de Contravenções Penais, segundo a qual a conduta de entregar-se habitualmente à ociosidade é considerada contravenção apenas se a pessoa não tiver renda que lhe assegure meios bastantes de subsistência, ou seja, a mesma conduta, se praticada por alguém com recursos econômicos, deixa de ser contravenção penal. Ademais, segundo o parágrafo único do mesmo artigo, a aquisição superveniente de renda, que assegure ao condenado meios bastantes de subsistência, extingue a pena. Nessa hipótese, circunstância alheia à gravidade da conduta em si (no caso, ter ou não renda), com claro viés desigualitário (por tratar pessoas com e sem renda de maneira diferente), é determinante para a criminalização de uma conduta, o que configura seletividade explícita.

Outro exemplo claro é o referente à contravenção inserta no artigo 25 da Lei de Contravenções Penais, na qual se condiciona a existência da contravenção em questão (posse de instrumentos usualmente empregados na prática de furto) ao fato do agente já ter sido condenado por crime de furto, estar sujeito à liberdade vigiada ou ser conhecido como vadio ou mendigo. No caso está configurada a seletividade explícita, já que os condicionantes mencionados são arbitrariamente diferenciadores, não se vinculando à gravidade da conduta em si, mas sim às características de determinadas pessoas, sem qualquer justificativa constitucional.³³

No âmbito do processo penal também é possível ver hipóteses de seletividade explícita. O caso mais gritante é o relativo à prisão especial, instituto arbitrariamente diferenciador, já que distingue a prisão processual de pessoas por categorias³⁴, em

³³ Fazendo um acertado paralelo entre a contravenção em questão e o direito penal do autor, cf. FRAGOSO, Cristiano Falk. *Autoritarismo e Sistema Penal*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p.361.

³⁴ Código de Processo Penal, art. 295, *caput*. Serão recolhidos a quartéis ou a prisão especial, à disposição da autoridade competente, quando sujeitos a prisão antes de condenação definitiva: I - os ministros de Estado; II - os governadores ou interventores de Estados ou Territórios, o prefeito do Distrito Federal, seus respectivos secretários, os prefeitos municipais, os vereadores e os chefes de Polícia; III - os membros do Parlamento Nacional, do Conselho de Economia Nacional e das Assembleias Legislativas dos Estados; IV - os cidadãos inscritos no "Livro de Mérito"; V - os oficiais das Forças Armadas e os militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios; VI - os magistrados; VII - os diplomados por qualquer das faculdades superiores da República; VIII - os ministros de confissão religiosa; IX - os ministros do Tribunal de Contas; X - os cidadãos que já tiverem exercido efetivamente a função de jurado, salvo quando excluídos da lista por motivo

injustificável privilégio. Em que pese a previsão legal atual da prisão especial não ser tão diferenciadora como as previsões anteriores em nosso ordenamento jurídico, se restringindo, ao menos teoricamente, à prisão em separado³⁵, a única hipótese de “prisão especial” que se justifica é aquela ligada a questões de segurança, impedindo-se que pessoas que trabalharam na persecução penal, como Policiais, Promotores e Juízes, tenham contato com outros presos, devido à altíssima probabilidade de vingança por parte da população carcerária em geral.³⁶ Todas as demais hipóteses de prisão especial são arbitrariamente diferenciadoras, constituindo seletividade explícita.

Outra hipótese de seletividade processual explícita digna de nota é a referente à existência de liberdade provisória condicionada à fiança, que favorece pessoas que possuem bens. Em que pese seja possível ao Juiz isentar o preso provisório do pagamento da fiança (artigo 350 do Código de Processo Penal), é certo que o ordenamento jurídico confere clara vantagem à pessoa com posses em relação à pessoa sem posses, já que a primeira pode recolher a fiança já perante a Autoridade Policial nos casos legais (artigo 322 do Código de Processo Penal), evitando-se, com isso, que passe mais tempo na prisão pela mesma conduta. Ora, a diferenciação com base nas posses do indivíduo é claramente arbitrária, não se justificando no ordenamento jurídico.

A seletividade explícita tende a ser ainda mais sutil quando se refere ao apenamento em abstrato das condutas criminalizadas. De fato, as condutas criminosas mais facilmente identificadas como praticadas por eventuais integrantes de classes sociais mais desfavorecidas, como o furto simples e qualificado (artigo 155, “caput” e parágrafos do Código Penal), possuem apenamento geralmente mais gravoso do que aquelas normalmente identificadas como praticadas por integrantes de classes sociais privilegiadas,

de incapacidade para o exercício daquela função; XI - os delegados de polícia e os guardas-civis dos Estados e Territórios, ativos e inativos.

³⁵ Código de Processo Penal, art. 295, § 1º A prisão especial, prevista neste Código ou em outras leis, consiste exclusivamente no recolhimento em local distinto da prisão comum. § 2º Não havendo estabelecimento específico para o preso especial, este será recolhido em cela distinta do mesmo estabelecimento. § 3º A cela especial poderá consistir em alojamento coletivo, atendidos os requisitos de salubridade do ambiente, pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequados à existência humana. § 4º O preso especial não será transportado juntamente com o preso comum § 5º Os demais direitos e deveres do preso especial serão os mesmos do preso comum (parágrafos incluídos pela Lei nº 10.258, de 11.7.2001).

³⁶ Sobre o tema, cf. VIEIRA, Renato Stanziola. *Prisão Especial: cautelaridade e constitucionalidade*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminas, São Paulo: RT, nº79, julho-agosto de 2009, p.209-246.

mesmo quando essas são consideravelmente gravosas, como crimes em licitações (artigos 89 a 98 da Lei nº 8.666/93).³⁷

Um exemplo normalmente citado é o referente ao extremamente brando apenamento em abstrato do crime de redução a condição análoga a escravo³⁸ em relação ao crime de extorsão mediante sequestro³⁹. Embora ambos os crimes sejam similares e socialmente gravíssimos, demandando severíssima punição, pois se referem à privação da liberdade com objetivo de lucro, o primeiro tem pena de prisão em abstrato de dois a oito anos, enquanto o segundo tem pena de prisão em abstrato de oito a quinze anos, podendo aumentar para doze a vinte anos se o crime durar mais de 24 (vinte e quatro) horas (qualificadora sem paralelo no caso do crime de redução a condição análoga a escravo). Ademais, dos dois apenas o crime de extorsão mediante sequestro é legalmente hediondo (artigo 1º, inciso IV da Lei nº 8.072/90). A desproporcional diferença de punição⁴⁰, diante da similitude de gravidade entre os crimes, apenas se justifica por questões meta-jurídicas arbitrárias, portanto seletivas, quais sejam, o fato da redução a condição análoga a escravo ser normalmente praticada por pessoas com posses ou a mando de tais pessoas, contra pessoas sem posses, e o crime de extorsão mediante sequestro normalmente ser praticado contra pessoas com posses.

Ainda no âmbito da criminalização primária, a seletividade se manifesta, de maneira mais escamoteada, no tocante aos espaços de criminalização e não criminalização. Embora haja uma crescente criminalização de condutas normalmente praticadas por pessoas pertencentes a segmentos privilegiados da sociedade, como crimes econômicos e tributários, é certo que a criminalização de tais condutas é bem mais complicada, na

³⁷ Para uma exposição de diversas hipóteses de apenamentos discrepantes e claramente seletivos em nosso ordenamento jurídico, cf. STRECK, Lênio Luiz. *Constituição, bem jurídico e controle social: a criminalização da pobreza ou de como “la ley es como la serpiente; solo pica a los descalzos”*. In: Revista de Estudos Criminais, n.31, v.8, 2008, p.65-96.

³⁸ Código Penal, art. 149. Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto.

³⁹ Código Penal, art. 159 - Seqüestrar pessoa com o fim de obter, para si ou para outrem, qualquer vantagem, como condição ou preço do resgate.

⁴⁰ Destacando-se que o “significado do princípio da proporcionalidade em sentido estrito relaciona-se com a necessidade de que todos os delitos sejam punidos com uma pena justa, proporcional à gravidade da ação punível, particularmente considerada, e ao mesmo tempo congruente com as outras penalidades previstas para o resto dos delitos existentes na legislação penal.” (GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal*. São Paulo: RT, 2003, p.178).

prática, do que a criminalização de condutas normalmente identificadas como aquelas praticadas por integrantes de segmentos socialmente desfavorecidos, como os crimes patrimoniais.⁴¹

É compreensível que os crimes modernos, contra bens difusos, sejam tecnicamente mais difíceis de serem identificados e punidos, devido à sua maior complexidade em relação aos crimes tradicionais. Todavia, não são apenas dificuldades técnicas que impedem a persecução penal de crimes modernos, já que o próprio ordenamento jurídico prevê hipóteses de impunidade para tais crimes, sendo exemplo disso a extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo em crimes fiscais; hipótese sem paralelo no caso de crimes patrimoniais comuns.⁴² É certo que crimes fiscais são normalmente praticados por pessoas pertencentes a segmentos sociais economicamente privilegiados, sendo arbitrariamente desigualitário (portanto, seletivo) o tratamento juridicamente privilegiado aos autores desse tipo de crime em relação aos autores de outros tipos de delitos patrimoniais não violentos.⁴³

1.2.2. Seletividade implícita e criminalização secundária

A *seletividade implícita* se dá no plano concreto (criminalização secundária), sendo identificada apenas no âmbito de atuação efetiva do sistema penal, por meio da análise da atuação arbitrariamente diferenciada dos operadores do direito.

Essa hipótese de seletividade ocorre na medida em que o sistema penal opera de modo a tomar conhecimento apenas de parcela de situações classificadas formalmente

⁴¹ Nesse sentido, afirma VERA REINA PEREIRA DE ANDRADE: “E a seleção criminalizadora é visível desde a diversa formulação técnica dos tipos penais e a espécie de conexão que eles determinam, por exemplo, como o mecanismo das agravantes e das atenuantes (é difícil que se realize um furto não “agravado”).” “Enquanto as redes dos tipos são, em geral, muito finas quando se dirigem às condutas típicas contra o patrimônio e o Estado, são frequentemente mais largas quando os tipos penais têm por objeto a criminalidade econômica e outras formas de criminalidade típicas dos indivíduos pertencentes às classes no poder.” “Por todos estes mecanismos, estes crimes têm também, desde sua previsão abstrata, uma maior probabilidade de permanecerem impunes.” (ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão da segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p.277-278).

⁴² Para uma ampla abordagem crítica sobre a questão, cf. ALMEIDA, Fernanda Afonso. *Proteção penal do patrimônio e sonegação fiscal: uma abordagem à luz da teoria crítica*. Dissertação de Mestrado: Universidade de São Paulo, 2012, *passim*.

⁴³ Em sentido similar, cf. SZAFIR, Alexandra. *O direito penal dos ricos*. In: Boletim IBCCRIM. n. 54, maio de 1997.

como crimes⁴⁴, sendo que trata de maneira, em tese, igualitária aquelas situações que são identificadas, mas claramente poupa as que fogem do foco do sistema.

Da mesma forma, configura seletividade implícita um tratamento legal, em tese, isonômico, mas que, na prática, devido ao modo que a previsão legal é aplicada pelos operadores do direito, beneficia mais determinado grupo, sem qualquer razão constitucionalmente justificável.

Em suma, a seletividade implícita é o tratamento arbitrariamente diferenciado de pessoas nas diversas etapas da criminalização secundária. Tal seletividade é mais sutil que a explícita, mas muito mais danosa, já que sua atuação não gera pronta repulsa e é escamoteada pelo suposto tratamento igualitário no plano abstrato.

Trata-se, a seletividade implícita, de hipótese baseada mais em metarregras do que em regras jurídicas propriamente ditas, entendendo-se metarregras como sendo “mecanismos constituídos de regras, princípios e atitudes subjetivas que influenciam o operador do direito no momento de aplicação da regra jurídica.”⁴⁵ As metarregras, ou *basic rules*, compõe um código ideológico ou *second code*,

integrado por mecanismos de seleção dentre os quais tem-se destacado a importância central dos “estereótipos” de autores (e vítimas), associados às “teorias de todos os dias” (*every days theories*), isto é, do senso comum sobre a criminalidade.⁴⁶

Estando o direito imerso em uma “atmosfera ideológica”⁴⁷, é natural que circunstâncias diversas das juridicamente previstas pelo sistema legal, inclusive subjetivas, interfiram não apenas no momento de definição do plano de criminalização primária pelo legislador, mas também na interpretação e aplicação das normas pelos demais operadores

⁴⁴ Explanando que a criminalização primária é um programa irrealizável, dada a sua imensidão, sendo a cifra negra a regra do sistema, de modo que o sistema penal é programado para ser seletivo, sob pena de ser paralisada a sociedade caso todas as condutas criminosas viessem a ser punidas, cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro*. V.1. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p.43 e ss.

⁴⁵ BACILA, Carlos Roberto. *Criminologia e estigmas: um estudo sobre os preconceitos*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p.18.

⁴⁶ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão da segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p.267-268.

⁴⁷ PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*. Trad. Maria Ermenrina de Almeida Prado Gavião. São Paulo: Martins Fontes, p.621.

do direito, ou seja, na criminalização secundária, modificando, no plano concreto, com base em vieses cognitivos, o plano abstrato de criminalização primária. Tais circunstâncias são as metarregras ou *basic rules*.

A questão referente às metarregras é extremamente complexa. Nos limites do presente trabalho cabe esboçar alguns aspectos importantes entre a ligação entre as metarregras e a seletividade do sistema penal.⁴⁸ Valendo-se da lição de CARLOS ROBERTO BACILA⁴⁹, é possível constatar que as metarregras interferem de forma incisiva na seleção de certas pessoas para o sistema penal, quais sejam, aquelas portadoras de estigmas sociais, os “criminosos de sempre”, que são preferencialmente alcançadas pelo poder punitivo.⁵⁰ Dessa forma, apesar de muitas pessoas praticarem crimes, determinados grupos sociais vem a ser super-representados nas estatísticas criminais.⁵¹

As metarregras por vezes são conscientes, baseadas em confesso ou inconfesso preconceito (p. ex. de gênero, social e racial) ou em práticas profissionais costumeiras (p. ex. o foco policial preferencial em pessoas com antecedentes criminais, reincidentes ou com determinadas características físicas, de vestimenta ou de comportamento). Hipóteses de atuação ou não atuação por corrupção, tráfico de influência ou qualquer tipo de ilegalidade também podem ser consideradas espécies de metarregras conscientes que, no caso, claramente beneficiam pessoas que têm recursos patrimoniais ou sociais.

Outras vezes as metarregras são inconscientes, baseadas em fatores como a “identificação social” entre o julgador e o suposto autor do crime quando esse provém do

⁴⁸ Sobre o tema, com destaque à contribuição de FRITZ SACK, Cf. BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica ao Direito Penal*, 2ªed. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999, p.104 e ss. Cf. também DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia: O Homem Delinquente e a Sociedade Criminógena*. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p.384 e ss.; Vera Regina Pereira de. *A ilusão da segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p.265 e ss.; NEPOMOCENO, Alessandro. *Além da Lei: A face oculta da sentença penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p.62-64.

⁴⁹ Cf. BACILA, Carlos Roberto. *Criminologia e estigmas: um estudo sobre os preconceitos*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, *passim* (principalmente, p.6-27). O autor faz um instigante estudo dos estigmas como sendo metarregras, influenciando, por vezes de forma determinante, os processos de criminalização.

⁵⁰ Sobre os estigmas sociais, cf. GOFFMAN, Erving. *Estigma: Notas sobre a Manipulação da Identidade Deteriorada*. 4ª ed. Trad. Márcia Bandeira de Mello Leite Nunes. Rio de Janeiro: LTC, 1988, *passim*.

⁵¹ Cf. item 1.4. *infra*.

mesmo extrato social (classe média ou alta)⁵², hipótese na qual as escusas oferecidas pelo suposto autor podem gerar maior empatia. Outra metarregra inconsciente é a “admiração social”, que faz com que algumas pessoas sejam consideradas “acima de qualquer suspeita”, tendo essas maior probabilidade de não serem criminalizadas caso venham a delinquir.⁵³

Também é possível considerar como uma metarregra inconsciente a distância social entre autor e vítima.⁵⁴ Tal questão foi bem trabalhada em artigo de SÉRGIO SALOMÃO SHECAIRA:

Imaginemos alguns exemplos. Uma criança bateu no irmão (art. 129 do CP). Ou subtraiu balas que estavam guardadas para um visitante (art. 155). Inquirido sobre o sumiço não diz a verdade, ou pelo menos toda a verdade. Não pensamos em aplicar as categorias do direito penal. Não chamamos nosso filho de criminoso e nem seus atos de crime. Alguém rabisca o elevador do edifício que moramos (art. 163). Apuradas as responsabilidades constata-se que o engraçadinho era um menino do prédio. Filho do outro. Logo dizemos: algo tem que ser feito; não podemos deixar barato, pois este moleque é muito levado. Seu ato não é propriamente um crime, mas ele merece uma punição. Passamos a exigir do zelador mais vigilância e do síndico uma “providência”. Um menor desconhecido, maltrapilho e sujo, em uma rua do centro de uma capital brasileira, nos aborda. Tenta subtrair alguns trocados para o almoço (art. 155). O que fazemos? Chamamos as autoridades e pedimos sua prisão. Afinal não é conhecido, é filho da rua, logo não é filho de alguém.⁵⁵

Nota-se que as metarregras podem tanto dar ensejo à criminalização de alguns (p. ex. alguém de determinada classe social ou grupo étnico se torna suspeito preferencial)

⁵² Situação muito comum nos casos de criminalidade de “colarinho branco”. Nesse sentido, FELDENS, Luciano. *Tutela penal de interesses difusos e crimes do colarinho branco: por uma relegitimação da atuação do Ministério Público*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p.156-157. Cf. tópico 1.5. infra.

⁵³ “Em muitos casos são, pois, os estereótipos correntes, a que os juízes não estão imunes, que decidem da verdade processual.” “Pode-se pôr-se - deve mesmo pôr-se - em dúvida a validade intrínseca duma prova determinada por estereótipos.” “Do que não pode duvidar-se é da força persuasiva dos estereótipos e da sua eficácia seletiva eles operam claramente em benefício das pessoas que exibem os estigmas da respeitabilidade dominante e em desfavor dos que exibem os estigmas da associalidade e do crime.” DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia: O Homem Delinquente e a Sociedade Criminógena*. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p.541.

⁵⁴ Sustentando que a distância social interfere na definição de uma conduta como criminosa, cf. CHRISTIE, Nils. *A indústria do controle do crime*. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p.13.

⁵⁵ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *A lei e o outro*. In: Boletim IBCCRIM. São Paulo, v.8, n.99, p. Encarte AIDP, fev. 2001.

ou à imunização penal de outros (p. ex. alguém de determinado gênero ou de determinado nível social dificilmente se torna suspeito de determinada conduta).

Dessa forma, a criminalização primária não se reflete de forma igualitária na criminalização secundária, hipótese essa irrealizável não apenas por aspectos objetivos, como excesso de condutas criminalizadas ou falta de estrutura para tanto, mas porque essa é condicionada a uma série de filtros de criminalização/descriminalização influenciados por metarregras, que condicionam ou mesmo determinam a atuação dos operadores do direito, o que configura a seletividade implícita.

Hipóteses desse tipo de seletividade são abundantes. Por exemplo, é muito mais provável que a Polícia foque o combate ao tráfico de drogas em comunidades carentes do que em bairros ricos. Assim, em que pese a lei não faça distinção (tráfico é tráfico em qualquer lugar), o foco punitivo se centra, preferencialmente, na conduta de pessoas integrantes de comunidades mais vulneráveis, independentemente da gravidade da conduta, o que configura seletividade implícita.

Aliás, a atuação policial normalmente se concentra em condutas criminosas praticadas por integrantes de camadas vulneráveis da sociedade. Nesse sentido, expõe CHRISTIANO FALK FRAGOSO:

Qualquer burocracia (e a da agência policial não é diferente) esquece suas metas (uma delas, aqui, deveria ser a realização igualitária do programa de criminalização primária) e reitera o ritual mais fácil, selecionando os fatos mais toscos ou grosseiros (que são de mais fácil detecção) e se concentrando em pessoas que causem menos problemas (por não terem acesso aos círculos de poder).⁵⁶

⁵⁶ FRAGOSO, Cristiano Falk. *Autoritarismo e Sistema Penal*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p.17. Com relação à atividade policial, a mais comum “porta de entrada” do sistema penal, CARLOS ROBERTO BACILA bem resume a seletividade na atuação: “Pode-se afirmar que a polícia conhece um número de crimes muito inferior daqueles que efetivamente foram praticados.” “Ela tem o dever de cumprir as leis, apurando infrações penais, porém não o faz num índice sequer razoável.” “Muitos aspectos podem ser apontados para que isso ocorra: (a) capacidade operacional desprezível, se comparada à necessidade; (b) ausência de manifestação das vítimas; (c) desonestidade ou ineficiência da polícia; (d) a polícia pretende proteger a reputação da cidade; (e) o fato não foi descoberto; (f) a perda da credibilidade do sistema; (g) constataram-se obsoletos os dispositivos da legislação; (h) as condutas são culturalmente aceitas; (i) há um desacordo entre a programação da criminalização primária (legislação) e a criminalização secundária (falta de recursos administrativos); (j) após esclarecimento do crime, nem sempre é intentada a ação penal; (k) ainda que ajuizada a ação penal, nem sempre o acusado é condenado; (l) a polícia pode entender equivocadamente que não ocorreu delito; (m) teme-se a polícia ou o delinquente; (n) as testemunhas não querem envolvimento com

Destaque-se, por oportuno, que não só a Polícia tem atuações seletivas. O Ministério Público e o Judiciário não são imunes a metarregras, embora essas instituições sejam vinculadas a regras de atuação mais estritas, além de atuar, normalmente, em face de pessoas já previamente selecionadas pelas forças policiais.⁵⁷

Ademais, voltando à questão das drogas, a própria definição do que é porte para tráfico e porte para uso, feita por todos os operadores do sistema criminal, é sujeita a vieses cognitivos que podem ser influenciados por juízos seletivos como, por exemplo, considerar que tal pessoa, por ser pobre, não poderia estar com determinada quantidade de droga para uso (não teria como pagar), mas outra pessoa, com a mesma quantidade de droga, por ser rica ou de classe média, poderia estar com tal quantidade para uso (teria recursos para pagar).⁵⁸ Tal situação é mais sutil, podendo o aplicador do direito justificá-la de maneira racional, argumentando-se que o fato da pessoa ser ou não pobre está sendo usado para aferir uma situação objetiva, no caso, ser ou não traficante, e não para discriminar ninguém. No entanto, de forma indireta há um tratamento mais gravoso para alguém pelo fato de ser pobre, fruto de uma seletividade implícita.⁵⁹

Existem também hipóteses de seletividade implícita no caso da execução penal, sobretudo da pena privativa de liberdade. De fato, alguns institutos da execução penal possuem efeito seletivo na sua aplicação prática.

a polícia etc.” (BACILA, Carlos Roberto. *Criminologia e estigmas: um estudo sobre os preconceitos*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p.8-9, com várias referências).

⁵⁷ Analisando a seletividade na atividade do Judiciário e do Ministério Público brasileiros, Cf., CHAVES JÚNIOR, Airto; OLDONI, Fabiano. *Para que(m) serve o Direito Penal? Uma análise da seletividade dos segmentos de controle social*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, *passim*; FERREIRA, Carolina Costa. *Discursos do sistema penal: a seletividade no julgamento dos crimes de furto, roubo e peculato nos Tribunais Regionais Federais do Brasil*. Curitiba: CRV, 2013, *passim*; GROSNER, Marina Quezado. *A seletividade do sistema penal na jurisprudência no Superior Tribunal de Justiça: o trancamento da criminalização secundária por decisões em habeas corpus*. São Paulo: IBCCRIM, 2008, *passim*; MELLIM FILHO, Oscar. *Criminalização e Seleção no Sistema Jurídico Penal*. São Paulo: IBCCRIM, 2010, *passim*; NEPOMOCENO, Alessandro. *Além da Lei: A face oculta da sentença penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2004, *passim*. Para uma ampla análise dos processos de seleção da Polícia, Ministério Público e Judiciário, cf. DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia: O Homem delinquente e a Sociedade Criminógena*. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p.443-557.

⁵⁸ Nesse sentido, com relação à atuação policial, cf. JESUS, Maria Gorete Marque de. *A verdade jurídica nos processos de tráfico de drogas*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2018, p.106-107.

⁵⁹ Para uma análise sucinta sobre a seletividade no caso de tráfico de drogas, cf. ZACCONE, Orlando. *Sistema penal e seletividade punitiva no tráfico de drogas ilícitas*. In: *Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade*, n. 14, anual. 2004, p.181-195. O mesmo autor possui monografia sobre o tema, com enfoque criminológico crítico (Cf. ZACCONE, Orlando. *Acionistas do nada: quem são os traficantes de drogas*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011). Para uma análise sociológica ampla, cf. JESUS, Maria Gorete Marque de. *A verdade jurídica nos processos de tráfico de drogas*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2018, *passim*.

O caso mais claro é o referente à remição por leitura de livros, hipótese de remição que não existe em lei, mas que vem sendo consolidada na jurisprudência, tendo inclusive recomendação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) que a regulamenta (Recomendação nº44 de 2013 que “Dispõe sobre atividades educacionais complementares para fins de remição da pena pelo estudo e estabelece critérios para a admissão pela leitura”). De forma resumida, segundo a recomendação, o preso pode abater tempo da pena, por meio da remição por leitura, da seguinte forma: a cada obra efetivamente lida e avaliada por meio de uma resenha, apresentada em até 30 (trinta) dias, são abatidos 4 (quatro) dias da pena, sendo possível a remição, por ano, nesses termos, de até 48 (quarenta e oito) dias da pena (referente a até doze obras lidas e resenhadas).⁶⁰

Conforme já tivemos a oportunidade de expor, a remição por leitura é claramente seletiva, configurando hipótese de seletividade implícita, já que não prevista em lei, sendo produto de uma bem intencionada, mas desigualitária, política criminal jurisdicional:

Com efeito, os presos que possuem maior nível educacional estão muito mais aptos a ler, interpretar o texto e fazer uma resenha de um livro em até trinta dias, do que a grande massa de presos com poucos recursos educacionais, tendo, portanto, maior facilidade em remir a pena por leituras. O maior nível educacional geralmente acompanha o nível econômico, de modo que a remição pela leitura favorece as pessoas já mais favorecidas, afrontando o princípio constitucional da igualdade.⁶¹

A progressão de regime, instituto dos mais relevantes na fase executiva, também costuma ser aplicado de maneira seletiva. Em que pese a existência de posição em contrário, é reconhecida pela jurisprudência, de forma pacífica, a possibilidade de se analisar o requisito subjetivo da progressão de regime por meio da realização de exame criminológico.⁶² No entanto, há uma clara vinculação entre a progressão de regime e o

⁶⁰ É possível criticar a existência de uma hipótese de remição sem previsão legal, o fato de a recomendação do CNJ transbordar as atribuições constitucionais desse órgão (artigo 103B da Constituição Federal), a dificuldade de implementação e mesmo conveniência político-criminal de tal instituto (para uma crítica da remição por leitura, cf. ANJOS, Fernando Vernice. *Execução Penal e Ressocialização*. Curitiba: Juruá, 2018, p.155-159). No entanto, ressalta-se, para fins do presente trabalho, o caráter seletivo da remição por leitura.

⁶¹ ANJOS, Fernando Vernice. *Execução Penal e Ressocialização*. Curitiba: Juruá, 2018, p.158.

⁶² Súmula nº 439 do Superior Tribunal: “Admite-se o exame criminológico pelas peculiaridades do caso, desde que em decisão motivada”. Súmula Vinculante nº 26 do Supremo Tribunal Federal: “Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar

conceito de ressocialização⁶³, sendo certo que a exigência do exame criminológico normalmente busca aferir se o preso está “ressocializado”, que significa, em uma concepção de “programa máximo” de ressocialização, a reordenação da esfera interna/moral do indivíduo, por meio da imposição dos padrões sociais dominantes, ou, em uma concepção de “programa mínimo” de ressocialização, a conformação da esfera externa/social do indivíduo, fazendo com que este aceite, consensualmente, as normas de convivência, não praticando mais crimes.⁶⁴ De todo o modo, há uma vinculação entre a ideia de ressocialização e a melhora social do indivíduo, fruto de uma concepção etiológica equivocada, que liga privações materiais e/ou educacionais à criminalidade e a função da pena à superação dessas privações para que o indivíduo possa conviver sem delinquir.⁶⁵

Sem se aprofundar no tema da ressocialização e da progressão do regime, o que já tivemos oportunidade de fazer⁶⁶, a exigência de exame criminológico se volta, basicamente, aos “criminosos de sempre”, tidos normalmente como “dessocializados”, integrantes de segmentos sociais vulneráveis, não alcançando os poucos criminosos de “colarinho branco” que venham a ser presos, já que esses não correspondem ao estereótipo de criminoso e são considerados plenamente inseridos na sociedade. De fato, das pouquíssimas pessoas que foram presas no Brasil pela prática de algum crime considerado de “colarinho branco”, por mais grave que tenha sido, nenhuma parece ter sido submetida a exame criminológico. Dessa forma, a exigência de exame criminológico para progressão de regime costuma ter efeito seletivo, por agravar a situação de pessoas tidas como “dessocializadas”, muitas vezes por circunstâncias alheias à gravidade da conduta,

se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico.”

⁶³ Abordaremos o aspecto seletivo da ressocialização no cálculo de pena nos tópicos 3.2. e 4.3.3. infra.

⁶⁴ Sobre os programas máximo e mínimo de ressocialização, cf. MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da Pena*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p.149-161; JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. *Finalidades da Pena*. Barueri: Manole, 2004, p.78-98; ANJOS, Fernando Vernice. *Execução Penal e Ressocialização*. Curitiba: Juruá, 2018, p.30-51.

⁶⁵ “Se admitirmos que a pena tem por função ressocializar o infrator, estaremos reconhecendo que o direito penal é seletivo e estruturado para alcançar determinada classe social.” “Historicamente, a corrupção é prática comum dentro da política brasileira.” “A elite ali concentrada, como regra, frequentou os melhores colégios (tem educação), possui os melhores planos de saúde e, como sabemos, não passa por qualquer privação de ordem alimentar.” “Dentro dessa perspectiva, será que precisam eles ser ressocializados?” “Essa compreensão, por óbvio, destoa por completo daquilo que frequentemente se enxerga.” “A ideia de pena como instrumento ressocializador é a confissão de que o Direito Penal se destina a quem está à margem social.” (CHAVES JÚNIOR, Aírto; OLDONI, Fabiano. *Para que(m) serve o Direito Penal? Uma análise da seletividade dos segmentos de controle social*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p.24, nota 51).

⁶⁶ ANJOS, Fernando Vernice. *Execução Penal e Ressocialização*. Curitiba: Juruá, 2018, *passim* (principalmente p.120-135).

arbitrariamente diferenciadoras, como miserabilidade econômica, falta de estudo ou aptidão para o trabalho.

1.3. Excurso: reação social, “labelling approach” e seletividade

O paradigma da reação social, desenvolvido por sociólogos norte americanos como EDWIN LEMERT, EDWIN SCHUR e HOWARD BECK, dentre outros, a partir da década de 1960, muda o enfoque criminológico da conduta desviada, tida como criminosa, para a reação social que faz com que determinada conduta seja considerada criminosa.

O modelo criminológico etiológico tradicional congrega teorias que

têm em comum o fato de fixar a atenção na própria criminalidade como problema e objeto de preocupação, em suas causas e possíveis soluções, mas dentro de um sistema e de um modelo de sociedade que não se questiona ou que parece imutável e que, portanto, deve ser aceito, procurando atenuar suas principais asperezas (uma delas é, sem dúvida, a criminalidade) e solucionar, na medida do possível, as causas que a condicionam.⁶⁷

Já o modelo da reação social parte do pressuposto que a definição do que é ou não criminoso é arbitrária, imposta com o fim de confirmar determinado “sistema de dominação, de interesses e de poder”, que define “a que tipo de pessoas devem ser adjudicadas a etiqueta de delinquente.”⁶⁸ Trata-se de tese “sem dúvida produto de um certo radicalismo político e social” que, ao invés de estudar as causas da criminalidade, foca o seu estudo no processo de criminalização de condutas, ou seja,

as razões de porquê algumas condutas e algumas pessoas, independentemente do dano social objetivo de suas ações, são estigmatizadas com a etiqueta de delinquentes, enquanto outras, que inclusive produzem mais dano social, ficam

⁶⁷ HASSEMER, Winfried; MUÑOS CONDE, Francisco. *Introdução à Criminologia*. Trad. Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.91.

⁶⁸ HASSEMER, Winfried; MUÑOS CONDE, Francisco. *Introdução à Criminologia*. Trad. Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.91.

isentas de qualquer etiquetamento criminal e passam por sujeitos honestos, poderosos e acima de qualquer suspeita.⁶⁹

Sob o paradigma da reação social torna-se clara a seletividade do sistema penal, já que se parte do pressuposto de que “apesar da ubiquidade do delito, a lei não castiga por igual todas as condutas socialmente danosas, independente do status e da posição social dos que a realizam.”⁷⁰ Tal paradigma constata que

as sanções penais sempre recaem sobre os mesmos, que são também os que sofrem perseguição pelos órgãos encarregados da administração da justiça (polícia, juízes e promotores), que exercem mais controle e vigilância sobre esse tipo de pessoa, suas atividades e as zonas que habitam, fechando assim um círculo que desemboca num processo de criminalização e em um controle social, formal e informal, muito mais forte que o exercido sobre outros grupos de pessoas geralmente livres da mácula e da etiqueta de criminoso.⁷¹

O estudo da cifra negra, por sua vez, ganha nova dimensão. Considera-se a *cifra negra* como sendo

a criminalidade não registrada oficialmente, o resultado da diferença entre os crimes efetivamente praticados (criminalidade real) e os crimes punidos pelo sistema penal (criminalidade aparente, das estatísticas).⁷²

Por meio do paradigma da reação social é constatado que os crimes que chegam ao conhecimento do poder estatal o são por meio de juízos não neutros, com viés claramente focado em determinadas parcelas desprivilegiadas da população. Nesse contexto, é possível sustentar, como já fizera SUTHERLAND⁷³, que não só as pessoas das classes baixas praticam crimes e sim que “sua frequência é maior nas estatísticas porque os

⁶⁹ HASSEMER, Winfried; MUÑOS CONDE, Francisco. *Introdução à Criminologia*. Trad. Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.91-92.

⁷⁰ HASSEMER, Winfried; MUÑOS CONDE, Francisco. *Introdução à Criminologia*. Trad. Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 92.

⁷¹ HASSEMER, Winfried; MUÑOS CONDE, Francisco. *Introdução à Criminologia*. Trad. Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 92.

⁷² VERAS, Ryanna Palas. *Nova Criminologia e os Crimes do Colarinho Branco*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p.72.

⁷³ Cf. tópico 1.5 infra.

atos cometidos por essas pessoas são selecionados preferencialmente para ingressar no sistema de controle social.”⁷⁴

O *labelling approach* ou perspectiva da rotulação, que se insere no paradigma da reação social, ao menos sob a estruturação proposta por HOWARD BECKER⁷⁵, tem suas raízes no interacionismo simbólico, desenvolvido por autores como GEORGE MEAD⁷⁶, que sustenta que as pessoas são condicionadas reciprocamente pelas relações sociais em que estão inseridas, de modo que é possível afirmar que o comportamento humano, no contexto social, depende da constante aprovação das demais pessoas.⁷⁷

De acordo com a perspectiva interacionista, “as pessoas tornam-se sociais no processo de interação com outras pessoas, entrelaçando-se na ação projetada de outros, incorporadas as perspectivas de outros nas suas próprias.”⁷⁸ Se valendo desse instrumental, “o *labelling* desloca o problema criminológico do plano da ação para o da reação (dos *bad actors* para os *powerful reactors*), fazendo com que a verdadeira característica comum dos delinquentes seja a resposta das audiências de controle”⁷⁹, ou seja, o modo como a sociedade rotulou determinada conduta: no caso dos delinquentes a sociedade, por meio das agências estatais, rotulou a conduta por eles praticada como sendo criminosa.⁸⁰

Nesse contexto, HOWARD BECKER sustenta que o desvio é “criado pela sociedade”, no sentido de que “os *grupos sociais criam desvio ao fazer as regras cuja infração constitui desvio*, a ao aplicar essas regras a pessoas particulares e rotulá-las como

⁷⁴ VERAS, Ryanna Palas. *Nova Criminologia e os Crimes do Colarinho Branco*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p.73.

⁷⁵ Afirmando que a relação entre o enfoque do etiquetamento e o interacionismo simbólico, assim como entre o etiquetamento e a perspectiva do conflito não são necessárias, cf. SERRANO MAÍLLO, Alfonso; PRADO, Luiz Regis. *Curso de Criminologia*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2013, p.319.

⁷⁶ Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia: O Homem Delincente e a Sociedade Criminógena*. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p.50 e ss; EISENSTADTER, Werner; HENRY, Stuart. *Criminological Theory: an analysis of its underlying assumptions*. 2ª ed. Boulder: Rowman & Littlefield, 2006, p.206-207.

⁷⁷ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. São Paulo: RT, 2004, p.289.

⁷⁸ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. São Paulo: RT, 2004, p.290.

⁷⁹ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. São Paulo: RT, 2004, p.290.

⁸⁰ Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia: O Homem Delincente e a Sociedade Criminógena*. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p.346-347.

outsiders.”⁸¹ Dessa maneira, “o desvio não é uma qualidade do ato que a pessoa comete, mas uma consequência da aplicação por outros de regras e sanções a um “infrator”,” assim como o “desviante é alguém a quem esse rótulo foi aplicado com sucesso; o comportamento desviante é aquele que as pessoas rotulam como tal.”⁸²

A perspectiva da rotulação, chamada por BECKER de teoria interacionista do desvio⁸³, possui diversas peculiaridades e forneceu subsídios importantes para a compreensão do fenômeno criminal (embora tenha uma aplicação mais ampla, incluindo condutas desviadas que não configuram crimes), trazendo à discussão uma série de conceitos importantes para o sistema penal, como “estereótipo, interpretação retrospectiva, negociação, delinquência secundária, cerimônias degradantes, instituições totais e *role-engulfment*.”⁸⁴ Trata-se de perspectiva que recebeu grande acolhida quando surgiu, foi submetida a forte escrutínio tanto por teóricos de viés etiológico quanto de viés crítico, tendo sido deixada de lado por um tempo e retomada mais recentemente, com bastante profundidade e contribuições importantes, por autores com perspectivas teóricas diversas, desde etiológicas tradicionais até criminológicas críticas, como SCHEFF, BRAITHWAITE, SHERMAN, MATSUEDA, SACK e ZAFFARONI.⁸⁵

Da mesma forma, o *labelling* fundamentou influentes propostas de política criminal, destacando-se a descriminalização, não criminalização radical, diversificação ou diversão e devido processo legal, todas baseadas no objetivo de diminuir a incidência

⁸¹ BECKER, Horward. *Outsiders: estudos de sociologia do desvio*. Trad. Maria Luzia X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2009, p.21-22.

⁸² BECKER, Horward. *Outsiders: estudos de sociologia do desvio*. Trad. Maria Luzia X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2009, p.22.

⁸³ BECKER, Horward. *Outsiders: estudos de sociologia do desvio*. Trad. Maria Luzia X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2009, p.182.

⁸⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia: O Homem Delinquente e a Sociedade Criminógena*. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p.347 (os conceitos são trabalhados nas páginas seguintes da obra citada). Sobre as instituições totais, cf. GOFFMAN, Erving. *Manicômios, prisões e conventos*. Trad. Dante Moreira Leite. São Paulo: Perspectiva, 1996, *passim*.

⁸⁵ Para uma análise da evolução do *labelling approach* até os seus desenvolvimentos mais recentes, cf. LANIER, Mark M.; HENRY, Stuart; ANASTASIA, Desiré J. M. *Essential Criminology*. 4ª ed. Colorado: Westview, 2015, p.165-175; SERRANO MAÍLLO, Alfonso; PRADO, Luiz Regis. *Curso de Criminologia*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2013, p.319-337; LILLY, Robert; CULLEN, Fracis; BALL, Richard. *Criminological Theory: Context and Consequences*. 6ªed. Los Angeles: SAGE, 2015, p.149-175.

criminógena do sistema penal⁸⁶, evitando-se a desviação secundária, embora não tenha desenvolvido propostas para evitar a desviação primária.

No entanto, o aspecto específico da arbitrariedade da rotulação inicial (desviação primária), assim como seu caráter criminógeno, que fomenta a desviação secundária, são os aspectos mais relevantes para se destacar no tocante ao estudo da seletividade do sistema penal.

Quanto à *desviação primária*, é certo que o *labelling* não se preocupa com as causas da conduta desviada efetivamente praticada, que podem se dar por diversas razões, de cunho individual e social. A preocupação se foca nas razões pelas quais determinadas condutas desviadas são rotuladas como criminosas. Nesse contexto, uma *direção moderada* sustenta que, em que pese seletivo, o sistema penal “não leva a cabo o processo de estigmatização à margem ou inclusive contrário aos processos gerais de controle social”, o qual integra.⁸⁷ Já uma *direção radical* sustenta que “é o Direito penal que faz o delinquente, sem nenhum respeito pelo princípio da igualdade, pois recai mais fortemente sobre as camadas sociais mais baixas que sobre as demais.”⁸⁸

De todo o modo, BECKER afirma, de forma incisiva, que um ato será tratado como desviante baseado em fatos alheios à sua gravidade, o que torna claro que, para ele, o sistema penal tende a ser seletivo com base em vieses diversos ao cometimento do crime em si. Ele afirma que fatores como nível social, cor da pele, sexo e mesmo natureza do crime e quem normalmente o pratica (caso dos crimes de “colarinho branco”) são fundamentais na rotulação de uma conduta desviada como criminosa.⁸⁹

Seguindo o seu ponto de vista interacionista, BECKER sustenta que

⁸⁶ Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia: O Homem Delinquente e a Sociedade Criminógena*. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p.358-359; EISENSTADTER, Werner; HENRY, Stuart. *Criminological Theory: an analysis of its underlying assumptions*. 2ª ed. Boulder: Rowman & Littlefield, 2006, p.228-232. Sobre a influência da perspectiva do *labelling approach* no direito brasileiro, cf. SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. São Paulo: RT, 2004, p.311-326.

⁸⁷ HASSEMER, Winfried; MUÑOS CONDE, Francisco. *Introdução à Criminologia*. Trad. Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 112.

⁸⁸ HASSEMER, Winfried; MUÑOS CONDE, Francisco. *Introdução à Criminologia*. Trad. Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 112.

⁸⁹ BECKER, Horward. *Outsiders: estudos de sociologia do desvio*. Trad. Maria Luzia X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2009, p.25.

o desvio não é uma qualidade simples, presente em alguns tipos de comportamento e ausentes em outros. É antes o produto de um processo que envolve reações de outras pessoas ao comportamento. O mesmo comportamento pode ser uma infração das regras num momento e não em outro; pode ser uma infração quando cometido por uma pessoa, mas não quando cometido por outra; algumas regras são infringidas com impunidade e outras não. Em suma, se um dado ato é desviante ou não, depende em parte da natureza do ato (isto é, se ele viola alguma regra) e em parte do que outras pessoas fazem acerca dele.⁹⁰

Ainda sobre a criminalização primária, BECKER trabalha com a questão relativa a quem teria a prerrogativa de rotular a conduta como desviante. Sustenta que muitas regras não possuem o consenso social pleno, sendo normalmente impostas por grupos sociais com mais poder⁹¹, o que demonstra, novamente, a seletividade enviesada do sistema penal.

Cabe ainda destacar do pensamento de BECKER um aspecto importante que possibilita a seletividade do sistema penal, qual seja, que “a existência de uma regra não assegura automaticamente que ela será imposta.”⁹² Explica o autor:

primeiro, a imposição de uma regra é um empreendimento. Alguém - um empreendedor - deve tomar a iniciativa de punir o culpado. Segundo, a imposição ocorre quando aqueles que querem a regra imposta levam a infração à atenção do público; uma infração não pode ser ignorada depois que é tornada pública. Em outras palavras, a imposição ocorre quando alguém delata. Terceiro, pessoas deduram, tornando a imposição necessária, quando veem alguma vantagem nisso. Finalmente, o tipo de interesse pessoal que leva à imposição varia com a complexidade da situação em que a imposição tem lugar.⁹³

As variáveis expostas certamente possibilitam a manipulação do sistema penal, que pode ser acionado ou não com base em critérios nos quais as pessoas socialmente vulneráveis tendem a ser muito mais criminalizadas do que os detentores do poder.

⁹⁰ BECKER, Horward. *Outsiders: estudos de sociologia do desvio*. Trad. Maria Luzia X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2009, p.26.

⁹¹ BECKER, Horward. *Outsiders: estudos de sociologia do desvio*. Trad. Maria Luzia X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2009, p.27-30 e 129-168.

⁹² BECKER, Horward. *Outsiders: estudos de sociologia do desvio*. Trad. Maria Luzia X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2009, p.129.

⁹³ BECKER, Horward. *Outsiders: estudos de sociologia do desvio*. Trad. Maria Luzia X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2009, p.129-130.

Com relação à *desviação secundária*, sustenta o *labelling* que a rotulação inicial fomenta a continuidade e a escalada do comportamento criminal.⁹⁴ Com fundamento no interacionismo, é sustentado que tanto as demais pessoas, incluindo as autoridades responsáveis pela persecução penal, tendem a enxergar o rotulado como sendo sempre um criminoso, como o próprio rotulado passa a se ver como um criminoso, em uma espécie de profecia que se cumpre por si mesma (expressão de MERTON⁹⁵), de modo que a estigmatização social é considerada como causa independente e não vinculante da criminalidade, de modo que a imposição de pena aumenta a chance de reincidência.⁹⁶

Nesse contexto, se a rotulação é criminógena e se os integrantes das camadas sociais menos privilegiadas são mais facilmente rotulados, torna-se clara que a desviação secundária também é seletivamente orientada, dando continuidade a carreiras criminosas. Em outras palavras, segundo o *labelling*, a persecução penal se foca nas pessoas já seletivamente rotuladas, em detrimento de uma atuação realmente igualitária e focada em condutas danosas que possam vir a ser praticadas por quem quer que seja.

Em suma, embora se possa criticar eventual excesso do *labelling*, sobretudo em sua direção mais radical que nega qualquer caráter ontológico ao crime⁹⁷, sua falta de propostas para prevenir o delito, seu ceticismo quanto ao caráter preventivo do sistema penal (considerado irremediavelmente criminógeno)⁹⁸ ou mesmo sustentar que o *labelling*

⁹⁴ AKERS, Ronald L.; SELLERS, CHRISTINE S.; JENNINGS, Wesley G. *Criminological Theories: Introduction, Evaluation, & Application*. 7ª Ed. New York/Oxford: Oxford University Press, 2017, p.143. Cf. ELBERT, Carlos Alberto. *Novo Manual Básico de Criminologia*. Trad. Ney Fayet Júnior. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p.170-173.

⁹⁵ ROBERT MERTON, desenvolvedor da teoria da anomia, cunhou a expressão “profecia que se cumpre por si mesma” baseado no teorema de THOMAS, segundo o qual “se os indivíduos definem as situações como reais, elas são reais em suas consequências”, aprofundando os eu estudo em um dos capítulos de sua principal obra: *Social Theory and Social Structure*. Cf. MERTON, Robert K.. *Sociologia: Teoria e Estrutura*. Trad. Miguel Maillat. São Paulo: Mestre Jou, 1970, p.515-531.

⁹⁶ AKERS, Ronald L.; SELLERS, CHRISTINE S.; JENNINGS, Wesley G. *Criminological Theories: Introduction, Evaluation, & Application*. 7ª Ed. New York/Oxford: Oxford University Press, 2017, p.144-145.

⁹⁷ Segundo essa posição radical, “o crime apenas existe quando, ao final de um processo de controle social, uma conduta é definida pelo juiz como crime.” (VERAS, Ryanna Palas. *Nova Criminologia e os Crimes do Colarinho Branco*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p.95). Existem posições mais matizadas, que não negam a existência real de condutas socialmente danosas, classificadas como crimes, embora não haja uma preocupação da teoria em estudar as causas e prevenção de tais condutas.

⁹⁸ Ressalva-se que o caráter criminógeno ou preventivo da pena depende de fatores microssociológicos (concernentes ao indivíduo), sendo irrazoável determinar que a pena terá, sempre e independentemente do indivíduo, caráter criminógeno ou preventivo. A contribuição do *labelling* parece ser relevante justamente porque destaca a possibilidade da pena ser criminógena, o que muitas vezes é olvidado pelos operadores do direito. Abordagens mais recentes do *labelling*, inclusive, destacam que o modo que a resposta à conduta

não conseguiu provar empiricamente, ao menos de forma consistente, a efetividade de seus postulados políticos criminais⁹⁹, fato é que a abordagem da rotulação, à par de sua fundamental importância no desenvolvimento da criminologia, forneceu instrumental valioso para identificação da seletividade do sistema penal.¹⁰⁰

De fato, qualquer pessoa com um mínimo de vivência na área criminal, tanto policial quanto forense, consegue identificar que o sistema penal se foca em determinado grupo de pessoas, autoras de crimes mais toscos e facilmente identificados, violentos ou não, normalmente advindos de camadas sociais socialmente vulneráveis, demonstrando que a rotulação inicial possui viés claro. Isso não quer dizer que pessoas eventualmente rotuladas não tenham, efetivamente, praticado alguma conduta desviada, tampouco que tais condutas não possam ser graves e dignas de repressão penal, mas sim que o sistema penal tende a se concentrar em determinados nichos mais vulneráveis da população, preferencialmente rotulados como desviantes.

Quanto ao caráter criminógeno da desviação primária, que fomenta a desviação secundária, a prática forense consegue identificar, com facilidade, que os operadores do direito tendem a nutrir maior suspeita diante de pessoas reincidentes ou com antecedentes criminais, favorecendo que eles sejam novamente rotulados.¹⁰¹

Na prática policial, o fato da pessoa ostentar antecedentes ou ser reincidente constitui verdadeira metarregra¹⁰² de responsabilidade criminal, justificando,

desviada se dá pode ser reintegradora (preventiva) ou desintegradora (criminógena). Para uma análise sobre o tema, cf. BRAITHWAITE, John; BRAITHWAITE, Valerie; AHMED, Eliza. *Reintegrative Shame*. In: LANIER, Mark M.; HENRY, Stuart (ed.). *The Essential Criminology Reader*. Colorado: Westview, 2006, p.286-295.

⁹⁹ Nesse sentido, cf. AKERS, Ronald L.; SELLERS, CHRISTINE S.; JENNINGS, Wesley G. *Criminological Theories: Introduction, Evaluation, & Application*. 7ª Ed. New York/Oxford: Oxford University Press, 2017, p.147-149; GIBBONS, Don C. *Talking about crime and criminals: Problems and issues in theory development in criminology*. New Jersey: Prentice Hall, 1994, p.36-37.

¹⁰⁰ Sobre os acertos e desacertos do *labelling*, cf. HASSEMER, Winfried; MUÑOS CONDE, Francisco. *Introdução à Criminologia*. Trad. Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.115-118.

¹⁰¹ Em sentido contrário, de forma pouco convincente, cf. AKERS, Ronald L.; SELLERS, CHRISTINE S.; JENNINGS, Wesley G. *Criminological Theories: Introduction, Evaluation, & Application*. 7ª Ed. New York/Oxford: Oxford University Press, 2017, p.148.

¹⁰² Cf. tópico 1.2.2. supra.

diuturnamente, uma atuação muito mais incisiva dos integrantes do aparato policial, muitas vezes referendada por Promotores de Justiça e Juízes de Direito.¹⁰³

No direito positivo brasileiro, por outro lado, o fato da pessoa ostentar antecedentes criminais ou ser reincidente em tráfico de drogas é um dos critérios para definir se, em determinada situação de posse de drogas, estará configurado o crime de tráfico de drogas e não a posse para uso próprio. Com efeito, assim dispõe o artigo 28, parágrafo 2º da Lei nº 11.343/06:

Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos *antecedentes do agente* (destaque nosso).

No plano da execução penal, principalmente da pena privativa de liberdade, existem estudos sérios que comprovam o seu caráter estigmatizante e fomentador de novas condutas criminais, sobretudo quando a execução é imposta de maneira desumana.

Em suma, os postulados do *labelling approach*, principalmente quando matizados e integrados em perspectivas mais amplas, são bastante úteis para a devida análise realista do sistema penal, com destaque, como visto, para o estudo da seletividade desse sistema.

1.4. Seletividade e índices brasileiros de prisionização

Embora já tenha sido afirmado que a seletividade no sistema penal brasileiro é intuitiva e que aqueles que trabalham na esfera policial ou judicial têm facilmente essa percepção, importante destacar que essa situação pode ser aferida objetivamente, por meio de estatísticas oficiais. Com relação às estatísticas, é certo que elas são falhas para apurar o montante total de crimes da sociedade, tendo em vista a variável cifra negra, maior ou menor a depender do tipo de crime que se está analisando. No entanto, as estatísticas são úteis para apurar a criminalização de pessoas, na medida em que é possível aferir, com

¹⁰³ Destacando, com base em FOUCAULT, a reincidência como “ferramenta de convencimento da culpabilidade do réu”, cf. MELLIM FILHO, Oscar. *Criminalização e Seleção no Sistema Jurídico Penal*. São Paulo: IBCCRIM, 2010, p.99.

bastante precisão, o perfil de quem é criminalizado e para quais tipos de crimes é aplicada a pena de prisão.

Um primeiro parâmetro a ser analisado é o referente à raça/cor de quem é submetido pena de prisão.¹⁰⁴ Segundo o Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN)¹⁰⁵, 64% das pessoas presas são negras ou pardas e 35% são brancas, enquanto 53% da população do Brasil é composta pessoas negras e pardas e 46% por brancas. O desnível de 11% por cento reflete um viés considerável de criminalização da população negra e parda, que deve ser considerado como relevante, embora seja impossível desvinculá-lo de outros fatores, como classe social, já que, devido ao racismo histórico e estrutural da sociedade brasileira, negros e pardos são super-representados nos estratos sociais economicamente mais vulneráveis da sociedade.¹⁰⁶

Anota-se, ademais, um problema dessa estatística: os dados contidos no levantamento do DEPEN referentes à população brasileira em geral se baseiam na autodeclaração de raça\cor constante dos bancos de dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), enquanto que os dados da população carcerária se baseiam nas informações cadastradas pelos gestores responsáveis pelo preenchimento do formulário de coleta de dados enviado pelo DEPEN, não havendo controle sobre a autodeclaração da raça/cor das pessoas presas.¹⁰⁷ Sem negar o viés racial dos índices de prisionização, até mesmo porque o racismo é um problema inegável da sociedade brasileira¹⁰⁸, pondera-se

¹⁰⁴ Focando-se no aspecto racial da seletividade do sistema penal, com diversas referências, cf. FRAGOSO, Cristiano Falk. *Autoritarismo e Sistema Penal*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p.289-297.

¹⁰⁵ Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias. Atualização de Junho de 2016*, p.32, disponível em http://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil/relatorio_2016_junho.pdf, acesso em 15 de outubro de 2018.

¹⁰⁶ “Em 2016, pretos ou pardos eram 54,6% do total de pessoas com rendimentos, contra 44,5% de brancos.” “Já entre as pessoas com os 10% menores rendimentos, pretos ou pardos eram 78,5%, contra 20,8% de brancos.” “No outro extremo, dos 10% maiores rendimentos, pretos ou pardos eram apenas 24,8%.” Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas (IBGE). *Síntese de Indicadores Sociais: uma análise das condições de vida da população brasileira (2017)*. In: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101459.pdf>, p.61, consulta em 26 de outubro de 2018.

¹⁰⁷ Ressalva feita pelo próprio DEPEN. Cf. Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias. Atualização de Junho de 2016*, p.32, disponível em http://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil/relatorio_2016_junho.pdf, acesso em 15 de outubro de 2018.

¹⁰⁸ Analisando, por meio de pesquisa empírica, o preconceito de cor ou racial e também regional da população brasileira, cf. ALMEIDA, Alberto Carlos. *A Cabeça do Brasileiro*. Rio de Janeiro: Record, 2007, p.215-272.

que a diferença na captação de dados pode interferir no resultado das estatísticas de raça\cor, que devem ser analisadas com a devida cautela.

Parâmetro mais objetivo é o referente ao tipo de crime que as pessoas presas estão sendo acusadas de praticar (presos provisórios) ou pelos quais foram condenadas (presos definitivos). Segundo o DEPEN¹⁰⁹, 28% das pessoas estão presas devido à acusação ou condenação por tráfico de drogas, 37% por furto e roubo e 11% por homicídios. Na verdade, quem milita na Justiça Criminal pode facilmente constatar que a esmagadora maioria dos casos criminais se restringe a crimes patrimoniais, com e sem violência, e pequenos tráficos de drogas.

Pois bem, é certo que os crimes de furto e roubo, assim como de tráfico de drogas aparente e normalmente detectado (p. ex. venda em “bocas de drogas” e transporte de quantidades pequenas para venda), são majoritariamente praticados por pessoas integrantes de setores sociais vulneráveis, sendo que esses crimes são responsáveis por 65% da população prisional.¹¹⁰

Já crimes normalmente praticados por integrantes das classes mais privilegiadas, como corrupção, crimes econômicos, tributários, licitatórios, ambientais, financeiros e contra bens difusos em geral, são responsáveis, em conjunto, pela prisão de bem menos de 1% das pessoas encarceradas. Tal situação é ainda mais constrangedora quando se recorda que o Brasil é um país com amplo histórico de corrupção institucionalizada, estando na 96ª posição no *ranking* mundial de nível de percepção de corrupção no setor público da Transparência Internacional¹¹¹, sendo ínfimo o número de pessoas presas por crimes ligados à corrupção.

¹⁰⁹ Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias. Atualização de Junho de 2016*, p.40-43, disponível em http://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil/relatorio_2016_junho.pdf, acesso em 15 de outubro de 2018.

¹¹⁰ Cf. Instituto Sou da Paz. *Apreensão de Drogas no Estado de São Paulo: Um raio-x das apreensões de drogas segundo ocorrências e massa*. In: http://soudapaz.org/upload/pdf/pesquisa_drogas_e_pol_cia.pdf, consulta em 26 de outubro de 2018. Para uma análise do perfil das pessoas presas em flagrante por tráfico de drogas, cf. JESUS, Maria Gorete Marque de. *A verdade jurídica nos processos de tráfico de drogas*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, p.50-57.

¹¹¹ Cf. <https://www.ipc.transparenciainternacional.org.br/>, consulta em 22 de outubro de 2018.

Pois bem, é certo que em nosso país, que é extremamente desigual¹¹², o número de pessoas em geral que podem ser consideradas como integrantes das “classes baixas e desfavorecidas” é maior do que aquele das que podem ser consideradas como integrantes das “classes média/alta ou privilegiadas”, de modo que isso se refletirá no universo de pessoas presas. Por outro lado, é certo que a própria divisão entre classes econômicas pode ser definida por diversos critérios, a depender dos parâmetros da pesquisa¹¹³, e que o levantamento mais recente do DEPEN, usado no presente trabalho, não possui dados sobre a renda individual ou familiar das pessoas presas¹¹⁴, de modo que nos valem de outros dados para aferir, indiretamente, o perfil socioeconômico da população encarcerada, como o já mencionado critério do tipo de crime praticado e mesmo o nível de educação formal das pessoas presas. Com efeito, verifica-se que, no Brasil, 15,7% da população com mais de vinte e cinco anos de idade tem nível superior completo, o que configura sinal comumente reconhecido de *status* social, enquanto bem menos de 1% da população

¹¹² Cf. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas (IBGE). *Síntese de Indicadores Sociais: uma análise das condições de vida da população brasileira (2017)*. In: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101459.pdf>, p.57 e ss., consulta em 26 de outubro de 2018.

¹¹³ Por exemplo, pesquisa da Fundação Getúlio Vargas de 2008, intitulada “A nova classe média” (https://www.cps.fgv.br/ibrecps/M3/M3_TextoFinal.pdf, consulta em 23 de outubro de 2018), classificava como classe média (classe C) aquela que tinha, na época, renda mensal entre R\$ 1.064,00 e R\$ 4.591,00 e correspondia a 51,89% da população. A Secretaria de Assuntos Estratégicos do Governo Federal, em estudo de 2012, classificou como integrantes da classe média aqueles que possuía, na época, renda entre R\$ 291 e R\$ 1.019 familiar *per capita* (<http://www.brasil.gov.br/economia-e-emprego/2012/05/governo-diz-que-nova-classe-media-tem-renda-entre-r-291-e-r-1.019-familiar-per-capita>, consulta em 23 de outubro de 2018). O IBGE tem estudo pormenorizado sobre padrão de vida e distribuição de renda da população brasileira. Cf. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas (IBGE). *Síntese de Indicadores Sociais: uma análise das condições de vida da população brasileira (2017)*. In: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101459.pdf>, *passim*, consulta em 26 de outubro de 2018.

¹¹⁴ Se valendo dos dados contidos no Censo Penitenciário de 1994, ELA WIECKO DE CASTILHO informa que, na ocasião da realização do censo, 95% dos presos eram pobres e 75,85% só dispunham de assistência jurídica gratuita. (CASTILHO, Ela Wiecko de. *O controle penal nos crimes contra o sistema financeiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p.46).

O DEPEN fez o levantamento da renda familiar dos presos integrantes do sistema penitenciário federal em 2016, que possui parcela ínfima da população carcerária nacional (apenas 472 presos em dezembro de 2016, sendo que o sistema penitenciário brasileiro possuía, segundo os dados de junho de 2016 usados no presente trabalho, 726.712 presos, cf. https://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil/relatorio_2016_junho.pdf). Quanto aos presos em penitenciárias federais, foi levantado que 80,64% possuem renda familiar de até cinco salários mínimo, sendo que 52,7% possuem renda de até um salário mínimo, cf. http://depen.gov.br/DEPEN/dispf/spf_anuario/anuario-spf-2016.pdf.

encarcerada em geral (independentemente da idade¹¹⁵) possui o mesmo nível educacional.¹¹⁶

No entanto, o desnível entre o número de pessoas pobres e não pobres encarceradas é abissal e discrepa em muito da média da sociedade em geral. Na verdade, é tão rara a criminalização de pessoa de nível socioeconômico mais elevado que sempre ocorrem comentários de surpresa no meio forense e é comum a cobertura da mídia quando alguém desse perfil é acusado da prática de crime.

Deve ser considerado, certamente, que os crimes praticados por detentores de poder social e econômico são geralmente mais complexos e difíceis de serem apurados, enquanto a obra tosca da criminalidade dos setores vulneráveis é muito mais fácil de ser detectada. Todavia, diferença tão discrepante da criminalização de condutas se dá, certamente, devido à seletividade do sistema penal, pois se é certo que a criminalidade dos poderosos é mais difícil de ser detectada e combatida, deveria o sistema direcionar o seu foco para ela, até mesmo de maneira preferencial, devido à enorme gravidade de tais condutas, o que claramente não se verifica na prática do sistema penal.

Outro dado estatístico que corrobora o foco do sistema penal na criminalidade aparente é o referente à faixa etária das pessoas presas. No Brasil, 55% dos encarcerados têm entre 18 (dezoito) e 29 (vinte e nove) anos de idade, enquanto a população nacional dessa faixa etária é de apenas 18%.¹¹⁷ É certo que pessoas mais jovens, por diversos aspectos, tendem a ser mais impulsivas, o que pode acarretar a sua super-representação estatística no sistema prisional. No entanto, também é possível considerar que tal super-representação é consequência do já mencionado enfoque do sistema penal na

¹¹⁵ Não há nos dados levantados pelo DEPEN diferenciação de nível educacional por faixa etária como há nos dados do IBGE.

¹¹⁶ Cf. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas (IBGE). *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD) contínua 2017*, in: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101576_informativo.pdf, p.03, consultam 23 de outubro de 2018, e Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias. Atualização de Junho de 2016*, p.40-43, disponível em http://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil/relatorio_2016_junho.pdf, p.33-35, acesso em 15 de outubro de 2018.

¹¹⁷ Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias. Atualização de Junho de 2016*, p.30, disponível em http://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil/relatorio_2016_junho.pdf, acesso em 15 de outubro de 2018.

“criminalidade de rua”¹¹⁸, mais fácil de ser apurada, normalmente identificada nos setores socialmente mais vulneráveis, em detrimento da “criminalidade de colarinho branco”, normalmente praticada por integrantes das classes privilegiadas.

Assim, ou se parte de uma hipótese preconceituosa de que pessoas de determinado perfil socioeconômico praticam mais crimes, ou se entende que o sistema penal brasileiro é comprovadamente seletivo, tratando melhor as pessoas ricas do que as pobres, corroborando a sensação da sociedade em geral.¹¹⁹

No entanto, esse é um falso dilema, já que a constatação da proteção, no âmbito criminal, das pessoas detentoras de poder político, social e econômico, já está bastante sedimentada no âmbito das ciências criminais, tendo como marco os estudos de EDWIN SUTHERLAND e sua abordagem sobre a criminalidade do “colarinho branco”.¹²⁰ Na verdade, comportamentos criminosos são praticados por todo o tipo de pessoa, independentemente da classe social, havendo apenas, por parte do poder punitivo, uma maior seleção de condutas criminosas praticadas por segmentos vulneráveis da sociedade.

Em suma, as estatísticas criminais, que comprovam a seletividade do sistema penal brasileiro, apenas corroboram a proteção jurídica diferenciada dos segmentos sociais mais privilegiados no Brasil. Em que pesem eventuais imprecisões ou generalizações, em termos gerais parece bem acertada a divisão tripartite da sociedade feita por JOSÉ MURILO DE CARVALHO em relação ao respeito aos direitos civis no Brasil, na qual a nossa desigual sociedade é composta por uma pequena classe alta privilegiada¹²¹, dificilmente alcançável

¹¹⁸ “A doutrina anglo-saxônica diferencia os *crimes in the suites* dos *crimes in the streets*.” “Enquanto estes são praticados “na rua” e são objeto de exposição muito maior, naqueles o *modus operandi* implica na falta de visibilidade dos comportamentos delituosos e na dificuldade de sua apreensão, por diversas razões: pressupõe um elevado fluxo de informações e conhecimentos que não estão ao alcance da generalidade dos cidadãos, exige-se perícia para apuração, são praticados “em espaços reservados” e seu agente não necessita recorrer aos métodos dramáticos do delinquente comum.” (ALMEIDA, Fernanda Afonso. *Proteção penal do patrimônio e sonegação fiscal: uma abordagem à luz da teoria crítica*. Dissertação de Mestrado: Universidade de São Paulo, 2012, p.150)

¹¹⁹ Segundo pesquisa do Instituto Datafolha publicada em 26 de junho de 2017, 92% da população brasileira acredita que a Justiça trata melhor os mais ricos do que os mais pobres, sendo certo que o tratamento privilegiado de pessoas mais ricas é o símbolo maior da seletividade do sistema penal. (<http://datafolha.folha.uol.com.br/opiniaopublica/2017/06/1896245-92-acreditam-que-justica-trata-melhor-os-ricos-do-que-os-pobres.shtml>, acesso em 25 de março de 2018).

¹²⁰ Cf. tópico 1.5. a seguir.

¹²¹ “A parcela da população que pode contar com proteção a lei é pequena, mesmo nos grandes centros.” “Do ponto de vista da garantia dos direitos civis, os cidadãos brasileiros podem ser divididos em classes.” “Há os de primeira classe, os privilegiados, os “doutores”, que estão acima da lei, que sempre conseguem defender seus interesses pelo poder do dinheiro e do prestígio social.” “Os “doutores” são invariavelmente brancos,

pelo sistema penal, por uma classe média sujeita aos rigores e aos benefícios da lei, muitas vezes sujeita ao capricho dos detentores do poder¹²², inclusive na seara penal, e uma numerosa classe baixa desprivilegiada economicamente e socialmente¹²³, que é preferencialmente selecionada pelo sistema penal.

Acrescente-se a essa divisão da sociedade a existência do estamento político¹²⁴ que, independentemente da origem social (embora exista, obviamente, uma correlação entre os detentores do poder econômico e os ocupantes de postos de comando políticos), são especialmente protegidos frente ao poder punitivo, seja por meio de mecanismos espúrios, como tráfico de influência e corporativismo, seja por meios legais, como o foro por prerrogativa de função.¹²⁵ Para o estamento político a responsabilização criminal é

ricos, bem-vestidos, com formação universitária.” “São empresários, banqueiros, grandes proprietários rurais e urbanos, políticos, profissionais liberais, altos funcionários.” “Frequentemente, mantêm vínculos importantes nos negócios, no governo, no próprio Judiciário.” “Esses vínculos permitem que a lei só funcione em seu benefício.” “Em um cálculo aproximado, poderiam ser considerados “doutores” os 8% das famílias que, segundo a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (Pnad) de 1996, recebiam mais de 20 salários mínimos. Para eles as leis ou não existem ou podem ser dobradas.” (CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 24ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018, p.217)

¹²² “Ao lado dessa elite privilegiada, existe uma grande massa de “cidadãos simples”, de segunda classe, que estão sujeitos aos rigores e benefícios da lei.” “São a classe média modesta, os trabalhadores assalariados com carteira de trabalho assinada, os pequenos funcionários, os pequenos proprietários urbanos e rurais.” “Podem ser brancos, pardos ou negros, têm educação fundamental completa e o segundo grau, em parte ou todo.” “Essas pessoas nem sempre têm noção exata de seus direitos, e quando a têm carecem dos meios necessários para os fazer valer, como o acesso aos órgãos e autoridades competentes, e os recursos para custear demandas judiciais.” “Frequentemente, ficam à mercê da polícia e de outros agentes da lei que definem na prática que direitos serão ou não respeitados.” “Os “cidadãos simples” poderiam ser localizados nos 63% das famílias que recebem entre dois e 20 salários mínimos.” “Para eles, existem os códigos civil e penal, mas aplicados de maneira parcial e incerta.” (CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 24ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018, p.217-218).

¹²³ “Finalmente, há os “elementos” do jargão policial, cidadãos de terceira classe.” “São a grande população marginal das grandes cidades, trabalhadores urbanos e rurais sem carteira assinada, posseiros, empregadas domésticas, biscateiros, camelôs, menores abandonados, mendigos.” “São quase invariavelmente pardos ou negros, analfabetos, ou com educação fundamental incompleta.” “Esses “elementos” são parte da comunidade política nacional apenas nominalmente.” “Na prática, ignoram seus direitos civis ou os têm sistematicamente desrespeitados por outros cidadãos, pelo governo, pela polícia.” “Não se sentem protegidos pela sociedade e pelas leis.” “Receiam o contato com agentes da lei, pois a experiência lhes ensinou que ele quase sempre resulta em prejuízo próprio.” “Alguns optam abertamente pelo desafio à lei e pela criminalidade.” “Para quantificá-los, os “elementos” estariam entre os 23% de famílias que recebem até dois salários mínimos.” “Para eles, vale apenas o Código Penal.” (CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 24ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018, p.218).

¹²⁴ Cf. FAORO, Raymundo. *Os Donos do Poder: Formação do patronato político brasileiro*. 5ª ed. São Paulo: Globo, 2012, *passim*.

¹²⁵ Na prática, o foro por prerrogativa de função, sobretudo nos Tribunais Superiores, torna muito mais moroso o julgamento dos detentores de tal prerrogativa, tornando mais dificultosa, por diversas razões (falta de estrutura para julgamento de casos penais, modificação sucessiva de foros com a modificação do cargo do processado etc.) a punição de eventual culpado. Tal situação tende a se alterar, já que o Supremo Tribunal Federal, em 03 de maio de 2018, no julgamento da questão de ordem da ação penal 937, decidiu que o foro privilegiado de parlamentares é restrito aos crimes cometidos em razão do cargo e no exercício do cargo.

raríssima, sobretudo no caso de integrantes de altos cargos públicos, o que é uma clara demonstração da seletividade do sistema penal.

1.5. Excurso: criminalidade de “colarinho branco” e seletividade

Sob o marco teórico da associação diferencial por ele desenvolvida¹²⁶, EDWIN SUTHERLAND estudou a criminalidade de “colarinho branco”, sendo o crime do “colarinho branco” aquele “cometido por uma pessoa de respeitabilidade e alto *status* social no curso de sua atividade”¹²⁷ Tal estudo identificou a ampla incidência de comportamentos socialmente nocivos nas maiores empresas americanas da época, que muitas vezes sequer eram criminalizados, em que pese sua imensa danosidade social. Segundo SUTHERLAND, a frequência de condenações, na época não penais, mas pela prática de condutas gravíssimas praticadas pelas grandes empresas pesquisadas “pode ser suficiente para demonstrar a falácia das teorias convencionais de que o crime está relacionado à pobreza ou às patologias pessoais ou sociais ligadas à pobreza.”¹²⁸

O estudo de SUTHERLAND desautorizou as estatísticas criminais que apontavam (e ainda apontam, como vimos) a criminalidade como sendo comportamento de alta incidência nas classes sociais mais vulneráveis e de baixa incidência nas classes sociais privilegiadas, tornando claro que os índices apurados se dão muito mais por fatores alheios à efetiva incidência de crimes, quais sejam, a efetiva criminalização de condutas normalmente praticada por cada classe social e a efetiva persecução penal de tais condutas. Afirma SUTHERLAND que a estatísticas sobre a criminalidade são tendenciosas por dois aspectos, ainda atuais:

Sobre o tema, cf. MATTOS, Diogo Castor de. *O amigo do direito penal: por que nosso sistema favorece a impunidade dos criminosos de colarinho branco*. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2018, p.57-79.

¹²⁶ Tal teoria defende que, “como qualquer comportamento, o criminal é aprendido em interações entre pessoas, comunicado entre grupos e, até mesmo, gerações.” (VERAS, Ryanna Palas. *Política criminal e criminologia humanista*. Tese de Doutorado: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2016, p.66). Sobre o tema, cf. SUTHERLAND, Edwin H. *Principles of criminology*. 4ªed. Filadélfia: Lippincott, 1947, *passim*.

¹²⁷ SUTHERLAND, Edwin H. *Crime de colarinho branco: Versão sem cortes*. Trad. Clécio Lemos. Rio de Janeiro: Revan, 2015, p.33-34 (a edição original é de 1949).

¹²⁸ SUTHERLAND, Edwin H. *Crime de colarinho branco: Versão sem cortes*. Trad. Clécio Lemos. Rio de Janeiro: Revan, 2015, p.52.

(a) Pessoas da classe socioeconômica mais alta são mais poderosas politicamente e financeiramente e escapam da prisão e da condenação em maior escala que pessoas que carecem desse poder. Pessoas abastadas podem contratar advogados habilitados e outras vezes podem influenciar a administração da justiça em seu próprio favor de maneira mais efetiva que pessoas da classe socioeconômica mais baixa. Os criminosos profissionais, que possuem poder político e econômico, escapam da prisão e da condenação de forma mais efetiva que os criminosos amadores e eventuais, que têm pouco poder econômico e político.¹²⁹

Quanto a esse primeiro aspecto, destaca-se que a crítica é inteiramente aplicável aos dias atuais, sendo possível constatar a dificuldade da persecução de condutas praticadas por detentores do poder político e econômico. Visando à imunização penal de suas condutas, são usados tanto mecanismos legais de toda a ordem, dificilmente alcançáveis por pessoas economicamente vulneráveis, quanto pressões políticas e econômicas diversas.

(b) E muito mais importante é a análise da administração da justiça criminal na aplicação de leis ligadas aos negócios e às profissões relacionadas apenas à classe socioeconômica superior. Pessoas que violaram leis relativas às restrições de comércio, de publicidade, de saúde na alimentação e medicamentos, e práticas similares de negócios não são presas por policiais fardados, não são julgadas em tribunais criminais, e não são condenadas às prisões; estes comportamentos ilegais recebem a atenção de comissões administrativas e dos tribunais que operam sob “*civil jurisdiction*” ou “*equity jurisdiction*”.¹³⁰

Já com relação a esse segundo aspecto levantado por SUTHERLAND, constata-se que o principal legado de sua teoria foi justamente alertar sobre a sub-criminalização das condutas de poderosos¹³¹, de maneira que é possível constatar uma evolução, embora dificultosa, no sentido de trazer para a jurisdição penal as graves condutas praticadas pelos detentores do poder. De toda a forma, ainda é possível verificar uma resistência à fixação

¹²⁹ SUTHERLAND, Edwin H. *Crime de colarinho branco: Versão sem cortes*. Trad. Clécio Lemos. Rio de Janeiro: Revan, 2015, p.32.

¹³⁰ SUTHERLAND, Edwin H. *Crime de colarinho branco: Versão sem cortes*. Trad. Clécio Lemos. Rio de Janeiro: Revan, 2015, p.32-33.

¹³¹ Na época de SUTHERLAND, à míngua de criminalização estatal, sequer havia consenso se o “crime de colarinho branco” seria, criminologicamente, um crime e que deveria ser efetivamente criminalizado.

de penas privativas de liberdade para esse tipo de criminalidade¹³², o que se reflete nas estatísticas de prisionização.

Ainda, o estudo sobre a criminalidade de “colarinho branco” fornece instrumental teórico incisivo para se criticar a seletividade do sistema penal, já que desautoriza a ligação da pobreza com a criminalidade. Esse estudo afasta a pobreza como fator causal do crime, focando nas relações interpessoais, nos termos da teoria da associação diferencial.

De forma incisiva, SUTHERLAND critica as teorias que se baseiam na pobreza como fator causal do crime, baseado nas estatísticas oficiais, que não incluíam (e atualmente incluem de maneira sub-representada) a criminalidade dos detentores do poder. Afirma ironicamente SUTHERLAND que concluir que a criminalidade é ligada à pobreza, com base em estatísticas que não incluem a criminalidade das camadas privilegiadas da sociedade, é o mesmo que selecionar apenas criminosos ruivos para estudar e chegar à conclusão que “a vermelhidão do cabelo foi a causa dos crimes.”¹³³

Nota-se que SUTHERLAND não reduz o conceito de crime àquele definido pela lei penal, incluindo condutas similares, punidas apenas no âmbito cível, e condutas socialmente tão ou mais gravosas que os crimes, sendo a falta de precisão do que seria o crime de “colarinho branco” uma das críticas que lhe foram direcionadas. De todo o modo, é certo que, no estado atual de evolução das ciências criminais, não é possível considerar a criminologia como mera ciência auxiliar do direito penal. A criminologia não se ocupa apenas da criminalização dada pelo direito penal¹³⁴, analisando também outras condutas desviantes e o próprio sistema punitivo, assim como propondo novas políticas criminais.

Conforme explanam WINFRIED HASSEMER e FRANCISCO MUÑOS CONDE,

a necessidade de confrontar a regulação jurídico-penal com a realidade, a determinação do que em um dado momento requer a intervenção penal ou deva ser transferido para outros sistemas de controle social ou de regulação jurídica

¹³² Cf. tópico 5.2. infra.

¹³³ SUTHERLAND, Edwin H. *Crime de colarinho branco: Versão sem cortes*. Trad. Clécio Lemos. Rio de Janeiro: Revan, 2015, p.33.

¹³⁴ Para uma análise abrangente do conceito de crime para as diversas vertentes da criminologia, cf. AGNEW, Robert. *Toward a unified criminology: integrating assumptions about crime, people and society*. New York/London: New York University Press, 2011, p.12-43.

não penal e a análise crítica da eficácia das normas penais na solução de determinados problemas, obriga a uma contínua revisão do objeto da Criminologia e a estendê-la a outros âmbitos periféricos da criminalidade, mas intimamente relacionados com ela e com seu controle.¹³⁵

Anota-se que SUTHERLAND aponta como causas para menor persecução penal dos crimes do “colarinho branco”: a) o elevado *status* social de seus autores, b) a resistência em se efetivamente criminalizar tais condutas, que geralmente são punidas em esferas não penais, e c) a pouca comoção pública em face desses crimes.¹³⁶

a) O elevado *status* social gera nos responsáveis pela persecução penal tanto uma intimidação quanto uma admiração. A *intimidação* se dá pelo poder político e econômico de criminosos de “colarinho branco”, que podem prejudicar a carreira de quem ousar tentar responsabilizá-los por seus atos, sejam sujeitos eleitos, como legisladores e líderes do Poder Executivo, sejam funcionários estáveis, como policiais, membros do Ministério Público e do Poder Judiciário. A *admiração* se dá na medida em que há uma homogeneidade cultural entre os criminosos do “colarinho branco”, que não se inserem no estereótipo de “criminoso”, e aqueles que podem responsabilizá-los por seus atos.¹³⁷ Tais circunstâncias, como visto¹³⁸, configuram metarregras que interferem no julgamento de criminosos desse tipo.

b) A resistência em efetivamente criminalizar as condutas de criminosos de “colarinho branco”¹³⁹, já mencionada, hoje em dia não é tão evidente como na época de SUTHERLAND, embora ainda presente. No ponto de vista da dogmática penal, é possível destacar sólido entendimento doutrinário no sentido de afastar a incidência do direito penal para casos de bem difusos¹⁴⁰, o que, em que pesem as razões jurídicas invocadas, vem a privilegiar, justamente, os criminosos do “colarinho branco”. Por outro lado, destaca-se até

¹³⁵ HASSEMER, Winfried; MUÑOS CONDE, Francisco. *Introdução à Criminologia*. Trad. Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.08.

¹³⁶ SUTHERLAND, Edwin H. *Crime de colarinho branco: Versão sem cortes*. Trad. Clécio Lemos. Rio de Janeiro: Revan, 2015, p.100.

¹³⁷ SUTHERLAND, Edwin H. *Crime de colarinho branco: Versão sem cortes*. Trad. Clécio Lemos. Rio de Janeiro: Revan, 2015, p.100-102.

¹³⁸ Cf. tópico 1.2.2. supra.

¹³⁹ SUTHERLAND, Edwin H. *Crime de colarinho branco: Versão sem cortes*. Trad. Clécio Lemos. Rio de Janeiro: Revan, 2015, p. 102-103.

¹⁴⁰ Cf. tópico 2.3. infra.

mesmo uma dificuldade técnica em se criminalizar condutas complexas praticadas no âmbito da criminalidade do “colarinho branco”.

Ademais, a simples criminalização de condutas em abstrato, sem efetiva persecução penal em concreto, possui o deletério efeito de acalmar a consciência social, gerando uma falsa impressão de tratamento igualitário entre a criminalidade dos poderosos e das pessoas comuns. De fato, conforme já abordado¹⁴¹, atualmente se verifica que é mais na criminalização secundária, na efetiva aplicação da lei penal em concreto, que ocorre a verdadeira desigualdade do sistema penal, tendo em vista que o sistema se volta, de forma primordial, à persecução e punição de delitos normalmente praticados pelas camadas vulneráveis da sociedade, sobretudo delitos contra o patrimônio e pequenos tráficos de drogas ilícitas, em detrimento da persecução de delitos praticados pelas camadas mais privilegiadas. Isso afasta a suposta impressão de “igualdade de tratamento”, fornecida pela incriminação em abstrato de condutas praticadas pelos poderosos, que, à míngua de efetiva criminalização em concreto, tem função apenas de lenitivo retórico de justificação falseada da igualdade do sistema penal.

c) A falta de comoção social à criminalidade de “colarinho branco”¹⁴² é muito clara, devido ao fato que as condutas desviantes são complexas e os efeitos, muitas vezes, difusos. Ademais, a cobertura da mídia, sobretudo popular, quanto a esse tipo de crime, salvo ocasiões muito específicas, como grandes tragédias ambientais ou enormes desvios de dinheiro público, tende a ser escassa.

No aspecto de política criminal, a obra de SUTHERLAND justifica a criminalização e uma maior persecução penal de condutas até então penalmente imunizadas, praticadas pelos detentores do poder econômico, o que é uma contribuição clara para a redução da seletividade do sistema penal.

Anota-se que a teoria de SUTHERLAND vem sendo desenvolvida por diversos autores, não sem forte resistência. Com efeito, SUTHERLAND ampliou a abrangência da criminologia,

¹⁴¹ Cf. tópico 1.2. supra.

¹⁴² SUTHERLAND, Edwin H. *Crime de colarinho branco: Versão sem cortes*. Trad. Clécio Lemos. Rio de Janeiro: Revan, 2015, p.103-105.

ajudando a trazer os crimes do “mundo superior” dos negócios e do governo para um campo tradicionalmente voltado para os crimes cometidos por pessoas pobres e desprivilegiadas. Naturalmente, mudanças de tão grande alcance encontraram resistência, em especial por desafiar tanto sensibilidades políticas quanto interesses poderosos e arraigados.¹⁴³

E mais, com relação à seletividade do sistema penal, SUTHERLAND

revelou, pela primeira vez, a existência de um sistema penal desigual, que pune com maior rigor os crimes praticados pelos mais pobres e membros das camadas inferiores da sociedade, enquanto controla de forma escassa os delitos praticados por indivíduos oriundos das classes mais altas.¹⁴⁴

De todo o modo, o conceito de criminalidade de “colarinho branco” e a gravidade social de tal criminalidade se consolidou na ciência criminal, dando fundamento teórico para o estudo da impunidade de tal criminalidade¹⁴⁵ e para a criminalização de condutas gravosas praticadas pelos detentores do poder político e econômico.¹⁴⁶ No entanto, é clara a dificuldade de tal empreitada, por colidir com interesses de pessoas

¹⁴³ COLEMAN, James Willian. *A elite do crime*. 5ª ed. Trad. Denise R. Sales. Barueri: Manole, 2002, p.02.

¹⁴⁴ VERAS, Ryanna Palas. *Nova Criminologia e os Crimes do Colarinho Branco*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p.44.

¹⁴⁵ Sobre o tema, cf. CIPRIANI, Mário Luís Lírio. *Direito penal econômico e legitimação da intervenção estatal: algumas linhas para a limitação ou não-intervenção penal no domínio econômico à luz da função da pena e da política criminal*. In: D'ÁVILA, Fábio Roberto; SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de (coords.). *Direito penal secundário: estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões*. São Paulo: RT/Coimbra Editora, 2006, p.437-468; SANTOS, Cláudia Cruz. *O crime de colarinho branco, a (des)igualdade e o problema dos modelos de controle*. In: PODVAL, Roberto (Org.). *Temas de direito penal econômico*. São Paulo: RT, 2001, p.192-221; SÉVERIN, Carlos Versele. *A cifra dourada da delinquência*. In: Revista de Direito Penal, Rio de Janeiro, n. 27, janeiro/junho de 1979, p.5-20; GOMES, Luiz Flávio. *Sobre a impunidade da macro-delinquência econômica desde a perspectiva criminológica da teoria da aprendizagem*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: RT, nº 11, julho-setembro de 1995, p.166-174; FELDENS, Luciano. *Tutela penal de interesses difusos e crimes do colarinho branco: por uma relegitimação da atuação do Ministério Público*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, *passim*. Em relação à impunidade de crimes contra o sistema financeiro nacional, hipótese clara de criminalidade do colarinho branco, cf. CASTILHO, Ela Wiecko de. *O controle penal nos crimes contra o sistema financeiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, *passim*. A respeito da impunidade nos crimes contra o mercado de capitais, também hipótese de criminalidade do colarinho branco, cf. BOTTINO, Thiago; OLIVEIRA, Eduardo. *Seletividade do sistema penal nos crimes contra o mercado de capitais*. In: BOTTINO, Thiago; MALAN, Diogo (Coord.). *Direito penal e economia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p.147-175. Para um estudo criminológico abrangente sobre o tema, cf. LILLY, Robert; CULLEN, Fracis; BALL, Richard. *Criminological Theory: Context and Consequences*. 6ªed. Los Angeles: SAGE, 2015, p.285-316.

¹⁴⁶ Para uma análise aprofundada da criminalidade dos detentores do poder, cf. COLEMAN, James Willian. *A elite do crime*. 5ª ed. Trad. Denise R. Sales. Barueri: Manole, 2002, *passim*.

poderosas, que fazem de tudo para se imunizar penalmente e manter o seu elevado status sócio econômico¹⁴⁷, exacerbando a seletividade do sistema penal. Contata-se que,

mais de meio século após o trabalho de SUTHERLAND, os crimes do colarinho branco ainda persistem como um vácuo na reação social e as estatísticas certamente continuam refletindo de forma predominante a repressão aos crimes tradicionais contra o patrimônio praticados pelos pobres e estigmatizados.¹⁴⁸

Em suma, verifica-se que o sistema penal brasileiro é seletivo, pois há uma constatada sobrecriminalização de pessoas integrantes de grupos sociais economicamente vulneráveis e uma restrição à criminalização de pessoas detentoras de poder político, social e econômico. Com base na teoria de SUTHERLAND podemos constatar que tal sobrecriminalização/proteção se dá por motivos alheios à gravidade das condutas eventualmente praticadas, e sim com base em vieses juridicamente incompatíveis com o princípio da igualdade, o que configura seletividade.

¹⁴⁷ Para uma análise dos fatores de impunidade nos crimes de colarinho branco no Brasil, cf. SILVA, João Bernardo. *Mecanismos de proteção aos criminosos do “colarinho branco”*. In: BORGES, Paulo César Corrêa (coord.). *O Princípio da igualdade na perspectiva penal: temas atuais*. São Paulo: Unesp, 2007, p.239-269; MATTOS, Diogo Castor de. *O amigo do direito penal: por que nosso sistema favorece a impunidade dos criminosos de colarinho branco*. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2018, *passim* (principalmente p.53-128).

¹⁴⁸ VERAS, Ryanna Palas. *Nova Criminologia e os Crimes do Colarinho Branco*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p.45.

2 - SELETIVIDADE E DISCURSOS POLÍTICOS CRIMINAIS ATUAIS

2.1. Delimitação da abordagem

Nos tópicos seguintes serão estudadas algumas teorias e suas respectivas propostas de política criminal que possuem relevância atual no debate do sistema penal e que, efetiva ou potencialmente, aumentam a sua seletividade. A abordagem será feita tanto de teorias que sustentam a diminuição do poder punitivo estatal (garantismo penal, teoria agnóstica da pena e contenção em face à expansão do direito penal), quanto daquelas que acabam tendo efeito inverso, aumentando o poder punitivo (lei e ordem, janelas quebradas, tolerância zero e política criminal atuarial).

Não se trata, por certo, de esmiuçar o estudo das teorias, mas sim de focar como as consequências de política criminal delas advindas podem vir a alimentar, de forma direta ou indireta, a seletividade do sistema penal.

Como será visto a seguir, os discursos que aumentam o poder punitivo, acabam funcionando como a consagração da punição dos “punidos de sempre”. Já os discursos que pregam a diminuição da seletividade penal, apesar de seus diversos méritos, acabam sendo manipulados ou tendo o efeito indireto de aumentar a imunidade penal dos poderosos.

2.2. Garantismo penal e teoria agnóstica da pena

O garantismo penal trata-se de sofisticada teoria filosófico penal, de matriz positivista, que tem como objetivo o controle e limitação do aparato punitivo do Estado. Desenvolvido por LUIGI FERRAJOLI, tem na obra “Direito e Razão” a substancial delineação de seus postulados¹⁴⁹, e como norte a defesa de um modelo garantista de direito penal mínimo, em contraposição a modelos de direito penal máximo.

Tal teoria sustenta, no plano dogmático, o respeito às “regras do jogo democrático”, em um positivismo em prol do réu, considerado a parte mais fraca em contraposição ao poder punitivo estatal. Em sua obra, FERRAJOLI expõe os dez axiomas do

¹⁴⁹ Cf. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. Trad. Ana Paula Zomer Sica et. al. 2ª ed. São Paulo: RT, 2006.

garantismo penal que, de fato, são o mínimo que se espera de um sistema penal democrático:

A1) *Nulla poena sine crimine*: princípio da retributividade ou da consequencialidade da pena em relação ao delito. A2) *Nullum crimen sine lege*: princípio da legalidade, no sentido lato ou no sentido estrito. A3) *Nulla lex (poenalis) sine necessitate*: princípio da necessidade ou da economia do direito penal. A4) *Nulla necessitas sine injuria*: princípio da lesividade ou ofensividade do evento. A5) *Nulla injuria sine actione*: princípio da materialidade ou da exterioridade da ação. A6) *Nulla actio sine culpa*: princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal. A7) *Nulla culpa sine iudicio*: princípio da jurisdicionalidade no sentido lato ou estrito. A8) *Nulla iudicium sine accusatione*: princípio acusatório ou da separação entre o juiz e a acusação. A9) *Nulla accusatio sine probatione*: princípio do ônus da prova ou da verificação. A10) *Nulla probatio sine defensione*: princípio do contraditório ou da defesa, ou da falseabilidade.¹⁵⁰

Do ponto de vista de legitimação do direito penal (o garantismo nega o abolicionismo penal¹⁵¹), FERRAJOLI afasta as tradicionais funções de retribuição, de prevenção especial, negativa e positiva, e de prevenção geral positiva¹⁵², sustentando um modelo original de prevenção geral negativa, focado na redução da violência social, afirmando que

o direito penal tem como finalidade uma dupla função preventiva, tanto uma como a outra negativas, quais sejam, a prevenção geral dos delitos e a prevenção geral das penas arbitrárias ou desmedidas. A primeira função indica o limite mínimo, a segunda o limite máximo das penas. Aquela reflete o interesse da maioria não desviante. Esta, o interesse do réu ou de quem é suspeito ou acusado de sê-lo. Os dois objetivos e os dois interesses são conflitantes entre si, e são trazidos pela duas partes do contraditório ao processo penal ou seja, a acusação, interessadas na defesa social e, portanto, em exponenciar a prevenção e a

¹⁵⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. Trad. Ana Paula Zomer Sica et. al. 2ª ed. São Paulo: RT, 2006, p.91.

¹⁵¹ Cf. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. Trad. Ana Paula Zomer Sica et. al. 2ª ed. São Paulo: RT, 2006, p.230-235 e 314-319. O autor, embora entenda válida a redução de duração e de intensidade da punição, considera o abolicionismo penal uma utopia regressiva.

¹⁵² FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. Trad. Ana Paula Zomer Sica et. al. 2ª ed. São Paulo: RT, 2006, p.235-297. O sistema garantista, em uma clara separação entre direito e moral, afasta qualquer função moral ou ética à pena, mesmo na fase de execução penal. Para uma análise dos fundamentos da punição em FERRAJOLI, Cf. BICUDO, Tatiana Viggiani. *Porque Punir? Teoria Geral da Pena*. São Paulo: Saraiva, 2010, p.134-160; QUEIROZ, Paulo de Souza. *Funções do Direito Penal*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2005, p.68-78.

punição dos delitos, e a defesa, interessada na defesa individual e, via de consequência, a exponenciar a prevenção das penas arbitrárias.¹⁵³

Seguindo a lógica de função de prevenção da violência, seja a praticada pelo agente desviante, mediante crimes, seja a praticada pelo Estado, mediante penas excessivas, o modelo garantista também se preocupa com a função do sistema penal de prevenir reações informais violentas aos delitos, que são geralmente desproporcionais e podem vir a atingir inocentes, e que poderiam ocorrer, com mais frequência, caso o Estado não desse uma resposta punitiva aos crimes.

Conforme afirma FERRAJOLI:

O objetivo geral do direito penal, tal como resulta da dupla finalidade preventiva ora ilustrada, pode ser, em uma palavra, identificado com o impedimento do exercício das próprias razões, ou, de modo mais abrangente, com a minimização da violência na sociedade. Tanto o delito como a vingança constituem exercício das próprias razões. Em ambos os casos ocorre um violento conflito solucionado mediante o uso da força: da força do réu, no primeiro caso; da força do ofendido no segundo. E, em ambos os casos, a força é arbitrária e incontrolada não apenas, como é óbvio, na ofensa, mas, também, na vingança, que é, por natureza, incerta, desproporcional, desregulada, e, às vezes, dirigida contra um inocente. A lei penal é voltada a minimizar esta dupla violência, prevenindo, através de sua parte proibitiva, o exercício das próprias razões que o delito expressa, e, mediante a sua parte punitiva, o exercício das próprias razões que a vingança e outras possíveis reações informais expressam.¹⁵⁴

O garantismo se coloca como incentivador de um direito penal mínimo, onde todos os direitos do indivíduo previstos no ordenamento jurídico devem ser severamente respeitados e maximizados. Contrapõem-se aos demais modelos de justificação, afirmando que o seu esquema de justificação do sistema penal

serve para embasar somente modelos de direito penal mínimo, no tríplice sentido da máxima redução quantitativa da intervenção penal, da mais ampla extensão dos seus vínculos e limites garantistas e da rígida exclusão de outros métodos de

¹⁵³ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. Trad. Ana Paula Zomer Sica et. al. 2ª ed. São Paulo: RT, 2006, p.310.

¹⁵⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. Trad. Ana Paula Zomer Sica et. al. 2ª ed. São Paulo: RT, 2006, p.311.

intervenção coercitiva e punitiva, a começar pelo inteiro sistema das medidas *extra delictum* e/ou *extra indicium*.¹⁵⁵

A legitimação do direito e do processo penal advém das Constituições Federais de Estados democráticos, as quais possuem extensos róis de direitos e garantias fundamentais, de forma que a legitimação pela garantia de direitos possui sede constitucional. O garantismo dá ênfase ao caráter contramajoritário do direito penal, na medida em que os direitos fundamentais do indivíduo devem ser protegidos mesmo contra a vontade da maioria.¹⁵⁶ Trata-se de defesa do direito do mais fraco: a vítima no momento do crime; o réu no momento da persecução penal.

O garantismo penal pode ser criticado por diversas perspectivas. Por exemplo, de uma perspectiva funcionalista, com a qual concordamos, dentre outras questões, é possível discutir o restrito rol de finalidades da pena dado por essa perspectiva teórica, no qual estão inseridas as funções preventivas das penas criminais que podem ser direcionadas para fins socialmente positivos, mormente por meio da prevenção geral positiva, embora não se neguem possíveis distorções. Em sentido diverso, com o qual discordamos, criminólogos críticos mais extremados podem alegar que o garantismo convalida o sistema penal, que seria inerentemente injusto, sendo um obstáculo à sua modificação.¹⁵⁷

De todo o modo, não pode ser negado que o garantismo fornece perspectiva teórica profunda e fecunda, que não deve ser reduzida a afirmativas panfletárias como “protetor de criminosos”, “incentivo à impunidade”, como infelizmente se constata, *por vezes*, no ambiente forense. Na verdade, o termo garantismo se vulgarizou, sendo *por vezes* colocado como um “escudo para bandidos”, e outras vezes colocado como único contraponto a um “punitivismo desenfreado”, o que também é errôneo, já que nem todas as

¹⁵⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. Trad. Ana Paula Zomer Sica et. al. 2ª ed. São Paulo: RT, 2006, p.319.

¹⁵⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. Trad. Ana Paula Zomer Sica et. al. 2ª ed. São Paulo: RT, 2006, p.312.

¹⁵⁷ Ressalva-se que SÉRGIO SALOMÃO SHECAIRA expõe a compatibilidade do garantismo penal com a corrente crítica minimalista: “Outra leitura que também não pode ser descartada, dentro da visão minimalista, é a de utilizar o direito para a defesa do mais fraco perante uma eventual reação mais forte que a pena institucional por parte do ofendido e em prevenção ao cometimento ou ameaça de novo delito.” “Desta maneira o direito penal readquiriria o sentido original reconhecido na época iluminista, de proteção dos cidadãos e de resposta racional - e não emocional -, como alguns setores hoje têm trabalhado, especialmente na mídia.” “Tal visão, trazendo sem qualquer dúvida um certo positivismo jurídico em favor do acusado, foi muito bem desenvolvida por LUIGI FERRAJOLI, em seu *Direito e razão*.” (SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. São Paulo: RT, 2004, p.343).

vertentes que refutam os fundamentos teóricos do garantismo de FERRAJOLI podem ser reduzidas à vala comum do “punitivismo.”¹⁵⁸

Mesmo sem descambar para reducionismos e admitindo os méritos do garantismo, cabem algumas considerações críticas a respeito da política criminal por ele inspirada. Todavia, antes de focar nos aspectos de política criminal do garantismo, torna-se importante, também, a abordagem da *teoria agnóstica da pena* que, em que pese suas particularidades, influencia políticas criminais semelhantes ao garantismo; e que dão ensejo às mesmas críticas.

A teoria agnóstica da pena possui como fonte remota o pensamento de TOBIAS BARRETO¹⁵⁹ e, como fonte próxima, os postulados do garantismo penal, trabalhados de forma bastante original e fundamentada por EUGENIO RAUL ZAFFARONI.¹⁶⁰

ZAFFARONI desenvolve teoria que expõe crítica extremamente severa ao sistema penal em geral, denominada “realismo jurídico-penal marginal.”¹⁶¹ Afirma que

a seletividade, a reprodução da violência, a criação de condições para maiores condutas lesivas, a corrupção institucionalizada, a concentração de poder, a verticalização social e a destruição das relações horizontais e comunitárias *não são características conjunturais, mas estruturais do exercício de poder de todos os sistemas penais.*¹⁶²

¹⁵⁸ “Como alertava GARCÍA-PELAYO, alguns vocábulos vão perdendo algo de sua significação na medida em que passam de boca em boca.” “A expressão *garantismo* parece bem refletir essa situação, sendo pronunciada, não raramente, de maneira um tanto descriteriosa.” “No Brasil, sua distorcida difusão revela-se frequentemente associada a discursos críticos em torno do sistema jurídico-penal, servindo, inclusive, a um etiquetamento maniqueísta de profissionais do Direito (professores e operadores), estereotipados como *garantistas* ou *antigarantistas* a partir de uma postura mais ou menos liberal que assumam em relação à intervenção penal.” (FELDENS, Luciano. *Direitos Fundamentais e Direito Penal: a constituição penal*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p.51).

¹⁵⁹ BARRETO, Tobias. *Estudos de Direitos*. Campinas: Bookseller, 2000, p.163-180 (publicado originalmente em 1892).

¹⁶⁰ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*. Trad.Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 2001; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro*. V.1. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

¹⁶¹ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*. Trad.Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p.05.

¹⁶²ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*. Trad.Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p.15.

Em que pese critique a atuação de todos os sistemas penais, ZAFFARONI se foca, especialmente, no modo como o sistema penal atua na América Latina, que é considerado absolutamente injusto e perpetuador das maiores atrocidades, como execuções ilegais¹⁶³, não havendo como ser legitimado, mas apenas controlado. Frise-se que, para o autor, “o exercício de poder dos sistemas penais é incompatível com a ideologia dos direitos humanos.”¹⁶⁴ Nesse contexto se situa sua teoria agnóstica ou negativa da pena.

Segundo a teoria agnóstica, a pena é um instituto político e não jurídico, sem nenhuma racionalidade, como a guerra.¹⁶⁵ Da mesma forma que a guerra deve ser limitada pelo direito humanitário, o sistema punitivo deve ser limitado pelo direito e processo penal.¹⁶⁶ ZAFFARONI firma que nenhuma das funções tradicionais conferidas à pena se sustenta, devendo ser todas afastadas.¹⁶⁷

¹⁶³ Nesse sentido, sustentando o caráter genocida do sistema penal na região da América Latina, ZAFFARONI afirma: “Há mortes em confrontos armados (alguns reais e a maioria simulada, ou seja, fuzilamentos sem processo).” “Há mortes por grupos parapoliciais de extermínio em várias regiões.” “Há mortes por grupos policiais ou parapoliciais que implicam a eliminação dos competidores em atividades ilícitas (disputa por monopólio de distribuição de tóxicos, jogo, prostituição, áreas de furtos, roubos domiciliares etc.).” “Há ‘mortes anunciadas’ de testemunhas, juízes, fiscais, advogados, jornalistas, etc.” “Há mortes de torturados que ‘não agüentaram’ e de outros que os torturadores ‘passaram do ponto’.” “Há mortes ‘exemplares’ nas quais se exhibe o cadáver, às vezes mutilado, ou se enviam partes do cadáver aos familiares, praticadas por grupos de extermínio pertencentes ao pessoal dos órgãos dos sistemas penais.” “Há mortes por erro ou negligência, de pessoas alheias a qualquer conflito.” “Há mortes do pessoal dos próprios órgãos do sistema penal.” “Há alta frequência de mortes nos grupos familiares desse pessoal cometidas com as mesmas armas cedidas pelos órgãos estatais.” “Há mortes pelo uso de armas, cuja posse e aquisição é encontrada permanentemente em circunstâncias que nada têm a ver com motivos dessa instigação pública.” “Há mortes em represália ao descumprimento de palavras dadas em atividades ilícitas cometidas pelo pessoal desses órgãos do sistema penal.” “Há mortes violentas em motins carcerários, de presos e de pessoal penitenciário.” “Há mortes por violência exercida contra presos nas prisões.” “Há mortes por doenças não tratadas nas prisões.” “Há mortes por taxa altíssima de suicídios entre os criminalizados e entre o pessoal de todos os órgãos do sistema penal, sejam suicídios manifestos ou inconscientes.” “*Há mortes...*” (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*. Trad. Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 2001, 124-125).

¹⁶⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*. Trad. Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p.147.

¹⁶⁵ “Se o sistema penal é um mero fato de poder, a pena não pode pretender nenhuma racionalidade, ou seja, não pode ser explicada a não ser como manifestação de poder.” ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*. Trad. Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p.202. Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro*. V.1. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p.60 e ss.

¹⁶⁶ Nota-se que, para essa teoria, a pena não se restringe à punição penal, incluindo “*toda sanção jurídica ou imposição de dor a título de autoridade, que não se encaixa nos modelos abstratos de solução de conflitos dos outros ramos do direito*.” (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*. Trad. Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p.203).

¹⁶⁷ Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro*. V.1. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p.114-130.

Dessa forma, a agência judiciária e os juristas têm como função limitar o poder punitivo estatal, fazendo com que o modelo de Estado se aproxime do modelo ideal de Estado de Direito e se afaste do modelo de Estado de Polícia.¹⁶⁸ “O *estado de direito* é concebido como o que *submete todos os habitantes à lei* e opõe-se ao *estado de polícia*, onde todos os habitantes estão subordinados ao poder daqueles que mandam.”¹⁶⁹ O autor ressalva que

não há nenhum estado de direito *puro*; o estado de direito não passa de uma barreira a represar o estado de polícia que invariavelmente sobrevive em seu interior. Por isso, a função de contenção e redução do direito penal é um componente dialético indispensável à sua subsistência e progresso.¹⁷⁰

ZAFFARONI afirma que

o conflito já chega à agência judicial com um grau considerável de violência praticada ou a ele incorporada, graças à atuação de agências não-judiciais que intervieram previamente de forma seletiva. Por conseguinte, toda intervenção do sistema penal é violenta (pelo menos por sua seletividade, sem falar em outras características bem mais marcantes) e, nos poucos submetidos à apreciação da agência judicial, a única coisa que ela pode fazer é controlar a violência, mas jamais suprimi-la, dado que a mesma já chega, em boa parte, consumada.¹⁷¹

Complementa o autor, sustentando que

o poder que os juízes dispõem é de contenção e, às vezes, de redução. A mais óbvia função dos juízes penais e do direito penal como planejamento das decisões judiciais é a contenção do poder punitivo. Sem a contenção jurídica (judicial) o poder punitivo ficaria liberado ao puro impulso das agências

¹⁶⁸ Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro*. V.1. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p.87-113.

¹⁶⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro*. V.1. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p.41.

¹⁷⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro*. V.1. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p.41.

¹⁷¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*. Trad. Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p.205-206.

executivas e políticas e, por conseguinte, desapareceriam o estado de direito e a própria república.¹⁷²

Destaca-se que ZAFFARONI, ao contrário do sustentado no presente trabalho, entende ser impossível que o sistema penal se torne menos seletivo, focando-se na conduta lesivas de poderosos. Afirma que

múltiplos são os casos demonstrativos de que, em nossa região marginal, os poderosos só são vulneráveis ao sistema penal quando, em uma luta que se processa na cúpula hegemônica, colidem com outro poder maior que consegue retirar-lhes a cobertura de invulnerabilidade. Do ponto de vista de nossa região marginal não há razão alguma para se crer que seja menos utópico um modelo de sociedade no qual não existe invulnerabilidade penal para os poderosos do que um modelo de sociedade no qual seja abolido o sistema penal.¹⁷³

Dessa forma, para a teoria agnóstica, a função do direito e do processo penal seria de limitar o poder punitivo a um mínimo de racionalidade, minorando a violência inerente do sistema punitivo.¹⁷⁴ Trata-se de postura original, complexa e bastante radical, que esvazia a legitimidade do sistema penal, mesmo aquela de garantia sustentada por FERRAJOLI¹⁷⁵, embora defenda que as garantias devam ser maximizadas, tal qual faz o garantismo, para evitar que a irracionalidade do sistema penal aumente, potencializando o Estado Policial; de modo que *a política criminal de ambos os enfoques teóricos (garantista e agnóstico) se assemelham*.¹⁷⁶

Sem se aprofundar nas diversas facetas teóricas do garantismo e da teoria agnóstica da pena, seus méritos e inconsistências¹⁷⁷, segundo o enfoque do presente

¹⁷² ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro*. V.1. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p.40 (com destaques no original).

¹⁷³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*. Trad.Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p.108 (com destaques no original).

¹⁷⁴ Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*. Trad.Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p.222 e ss.

¹⁷⁵ Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro*. V.1. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p.128-130.

¹⁷⁶ Sustentando a compatibilidade dos enfoques de FERRAJOLI e ZAFFARONI, cf. CARVALHO, Salo de. *Pena e Garantias*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.140-149.

¹⁷⁷ Anota-se, todavia, que é descabido afirmar que a Constituição Federal brasileira só é compatível com o uma postura agnóstica do direito penal, pois, ao contrário de suas congêneres espanhola e italiana, não prevê a finalidade que teria a pena e estabelece princípios limitadores do poder punitivo. O equívoco desse raciocínio está no fato que a Constituição, ao mesmo tempo em que limita o poder punitivo, o legitima

trabalho deve ser discutida a política criminal inspirada nessas teorias. Dessa forma, pode ser analisada a questão referente ao modo como o garantismo e a teoria agnóstica da pena, no plano político criminal real, dentre outros problemas, pode vir a incrementar a seletividade do sistema penal. Frise-se que não se está confundindo conceitos como direito penal mínimo¹⁷⁸, garantismo e agnosticismo penal, mas sim *analisando em conjunto consequências comuns das políticas-criminais inspiradas pelo garantismo e agnosticismo penal*.

A estratégia de política criminal de matriz garantista é de máxima contração possível do poder punitivo, de modo que o direito e o processo penal teriam como função precípua limitar o poder punitivo, maximizando-se a função de garantia do sistema penal, que lhe dá legitimidade. No entanto, não compactua da mesma meta de abolir o sistema penal, vista como socialmente deletéria, justamente porque isso faria com que os submetidos ao poder punitivo ficassem privados dos instrumentos garantistas de limitação do poder punitivo, fornecidos pelo direito e processo penal.¹⁷⁹

Para a teoria agnóstica, de forma similar, deve ser incentivada a maior redução possível do poder penal, seja incentivando uma maior descriminalização de condutas, seja restringindo a aplicação de leis penais incriminadoras e aumentando a aplicação das descriminalizadoras ou daquelas que, de qualquer modo, beneficiam o réu como, por exemplo, aquelas que minoram eventual sanção.¹⁸⁰ Na esfera processual penal, por seu turno, deve ser incentivada a maximização das garantias processuais, colocando-se o

expressamente ao prever a necessidade de criminalização de condutas lesivas a direitos fundamentais (vide artigos: 5º, incisos XLI a XLIV; 7º, inciso X; 227, parágrafo 4º; 225, parágrafo 3º), ao prever que a lei ordinária da União poder regrear sobre direito e processo penal (artigo 22, inciso I) e incumbir a instituição autônoma (Ministério Público) o exercício privativo da ação penal pública (artigo 129, inciso I); o que, conseqüentemente, legitima plenamente a existência de finalidades da pena estipuladas em lei (no caso brasileiro, a previsão está no artigo 59 do Código Penal e no artigo 1º da Lei de Execução Penal - cf. tópico 3.2. infra). Tais finalidades podem e dever ser submetidos a escrutínio da doutrina, todavia, não podem ser consideradas, *a priori*, inconstitucionais apenas porque a Constituição Federal não previu, expressamente, quais seriam as finalidades do direito penal, em geral, e da pena, em especial.

¹⁷⁸ Sustentado por diversas correntes do pensamento penal, inclusive pelo garantismo, mas também, por exemplo, por correntes do funcionalismo, assim como por defensores da teoria agnóstica.

¹⁷⁹ “O garantismo está associado a um modelo penológico mínimo, cujo escopo está na máxima redução da previsão de delitos, respeitando-se os princípios da lesividade, proporcionalidade e intervenção mínima; vale dizer, na limitação do sofrimento que toda pena representa.” (MAZZILLI NETO, Ranieri. *Os Caminhos do Sistema Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p.61).

¹⁸⁰ De forma coerente com o marco teórico agnóstico, sustentando um discurso redutor do poder punitivo no âmbito a aplicação da pena, cf. ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da pena: limites, princípios e novos parâmetros*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, *passim*.

processo penal como um obstáculo para a efetividade do irracional e irracionalizável poder punitivo. Quanto à meta futura de abolir o sistema, em que pese a simpatia pela ideia exposta por autores como ZAFFARONI¹⁸¹, a abolição total é considerada distante e um tanto quanto utópica.

Pois bem, tal postura indiferentemente reducionista, em que pesem as boas intenções teóricas, acaba gerando distorções no plano concreto, que potencializam a seletividade do sistema penal. Também se destacam o equívoco de sua premissa e a desatenção ao princípio da proporcionalidade, no aspecto de proibição de proteção insuficiente.

Em primeiro lugar, parece equivocada a afirmação de que o sistema penal é algo que deve ser apenas limitado, como uma guerra, premissa das abordagens de política criminal em apreço. Ao contrário da guerra, focada na destruição do inimigo, o direito penal pode ter finalidade democrática e socialmente benéfica, focando-se na tutela de bens jurídicos, que corporificam direitos humanos fundamentais. Nisso se diferencia o direito penal de um Estado democrático do direito penal daquele de um Estado autoritário: no primeiro, as razões de proteção de direitos humanos devem ser determinantes, ao contrário do segundo, onde as razões de Estado, determinadas pelo governante autocrata, são o imperativo. Aliás, muitas das críticas feitas pela teoria de ZAFFARONI são perfeitamente cabíveis aos Estados autoritários de longa tradição na América Latina, mas não podem ser generalizadas para Estados democráticos liberais, sobretudo os mais desenvolvidos.

Nesse sentido, pondera LUCIANO FELDENS ao abordar o garantismo:

Compreender o Estado *sempre* como um mal, assinalando-lhe um “irreduzível grau de ilegitimidade política”, parece-nos demasiado forte. Que um determinado poder (governo) possa descambar “para o mal”, achando-se exposto a “degenerar-se em despotismo” não equivale a dizer que *todo* o poder é um mal e que *necessariamente* descambará para o despotismo.¹⁸²

¹⁸¹ Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*. Trad. Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 2001, *passim* (notavelmente, p.195-201). Destaca-se que a obra em questão tem título confessadamente (cf. p. 11-16) inspirado no livro “Penas Perdidas” de LOUK HULSMAN, umas das obras mais relevantes do abolicionismo penal.

¹⁸² FELDENS, Luciano. *Direitos Fundamentais e Direito Penal: a constituição penal*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p.56.

Ademais, o autor critica, com razão, a chamada “compreensão unilateral” da teoria de FERRAJOLI, que estaria mais focada na defesa dos direitos individuais, do que na ampla defesa de todos os direitos fundamentais, individuais, coletivos e difusos¹⁸³, o que “não parece corresponder à multifuncionalidade que o constitucionalismo atual empresta aos direitos fundamentais.”¹⁸⁴ Como afirma JOSÉ PAULO BALTAZAR JÚNIOR,

o argumento de que o direito e o processo penal têm por função única a garantia do réu peca pelo excessivo individualismo, esquecendo da existência de bens jurídicos coletivos, do conteúdo objetivo-material dos direitos fundamentais e também dos direitos sociais.¹⁸⁵

Quanto ao enfoque garantista nos direitos individuais, há quem sustente que a teoria de FERRAJOLI não pode ser vista de maneira “hiperbólica” e “monocular”, focando-se apenas na defesa dos direitos individuais fundamentais.¹⁸⁶ Para essa posição, sustentada por DOUGLAS FISCHER, a teoria de FERRAJOLI defende um “garantismo penal integral”, no qual

sendo o garantismo nada mais do que a visão atual do constitucionalismo, há se considerar na hermenêutica constitucional (sobretudo com reflexos nas searas penal e processual penal) a valoração de todos os direitos e deveres existentes no corpo da Carta Maior, e não apenas os direitos individuais (e de primeira geração) dos investigados e/ou processados criminalmente.¹⁸⁷

A posição, todavia, não parece fazer a melhor interpretação da teoria de FERRAJOLI. Em que pese FERRAJOLI não ser alheio às novas questões criminais advindas da globalização¹⁸⁸, inclusive a tutela de bens difusos, e o referido autor defender medidas que,

¹⁸³ Embora FERRAJOLI não negue a necessidade de criminalização em caso de bens difusos, como o meio ambiente. Cf. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. Trad. Ana Paula Zomer Sica et. al. 2ª ed. São Paulo: RT, 2006, p.438. FELDENS, inclusive, faz essa ressalva.

¹⁸⁴ FELDENS, Luciano. *Direitos Fundamentais e Direito Penal: a constituição penal*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p.56.

¹⁸⁵ BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Crime Organizado e Proibição de Insuficiência*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p.92.

¹⁸⁶ Conferir textos da coletânea CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (orgs.). *Garantismo Penal Integral*. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2013.

¹⁸⁷ FISCHER, Douglas. *O que é garantismo Penal (integral)?* In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (orgs.). *Garantismo Penal Integral*. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2013, p.32.

¹⁸⁸ Cf. FERRAJOLI, Luigi. *Criminalità e globalizzazione*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: RT, nº 42, janeiro-março de 2003.

muitas vezes, são tratadas equivocadamente como “antigarantistas”¹⁸⁹, certo é que sua obra toda tem como enfoque primordial a defesa do “mais fraco” que, na relação jurídico penal, seria o investigado/réu em face do poder punitivo do Estado.¹⁹⁰

Apesar de ser criticável a nomenclatura de “garantismo integral”, já que a proposta de política criminal do garantismo parece focar apenas na defesa dos direitos individuais em face do Estado, a construção de FISCHER é fecunda, embora por vezes exagerada, no sentido que critica o modo como o garantismo é aplicado no Brasil (que seria manipulado para proteção de poderosos) e fornece subsídios para uma crítica à falta de enfoque da política criminal em questões que transcendam o (justíssimo) direito individual da pessoa submetida ao poder punitivo estatal. Em uma política criminal que visa à proteção dos direitos humanos, essa deve se dar de forma integral: da pessoa submetida ao poder estatal (seja em relação ao poder estatal, seja em relação às reações informais) e das pessoas cujos direitos fundamentais são afrontados pela própria prática de crimes (praticados por pessoas comuns ou agentes estatais).

Destaca-se que, para proteção dos direitos humanos, deve o direito penal ser proporcional, tanto para resguardo dos indivíduos em face do poder punitivo, quanto no sentido de vedação à proteção insuficiente¹⁹¹, ficando claro que a política criminal propugnada pelo garantismo e pela teoria agnóstica não se preocupa com esse segundo aspecto da proporcionalidade, tendo em vista sua meta de irrestrita contenção do sistema penal. Nota-se que “a própria Constituição, de cuja superlegalidade extrai-se a teoria

¹⁸⁹ Por exemplo, FERRAJOLI é a favor da investigação criminal direta pelo Ministério Público, o que é considerado “antigarantista” por parcela dos estudiosos no Brasil. Cf. FISCHER, Douglas. *O que é garantismo Penal (integral)?* In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (orgs.). *Garantismo Penal Integral*. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2013, p.44.

¹⁹⁰ Cf. PINHO, Ana Cláudia; COPETTI NETO, Alfredo. *Garantismo Integral: a “teoria” que só existe no Brasil*. In: <http://justificando.cartacapital.com.br/2017/07/19/garantismo-integral-teoria-que-so-existe-no-brasil/>, consulta em 04/07/2018.

¹⁹¹ Sobre o tema, cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: RT, nº 47, março-abril de 2004; STRECK, Lênio Luiz. *Entre Hobbes e Rousseau - a dupla face do princípio da proporcionalidade e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal*. In: STRECK, Lênio Luiz (org.). *Direito Penal em tempos de crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007; FELDENS, Luciano. *Direitos Fundamentais e Direito Penal: a constituição penal*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, *passim*; GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. *Mandados expressos de criminalização e a proteção de direitos fundamentais na Constituição Brasileira de 1988*. Belo Horizonte: Fórum, 2007 (principalmente p.53-69 e 107-131); BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Crime Organizado e Proibição de Insuficiência*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p.49-75.

garantista, ademais de autorizar, *exige*, em determinados âmbitos, a intervenção jurídico penal.¹⁹²

Conforme ensina INGO WOLFGANG SARLET,

entre o extremo do abolicionismo desenfreado (que, aliás, não integra a pauta genuinamente garantista) ou mesmo um *minimalismo unilateral e cego, que não faz jus a um sistema de garantias negativas e positivas tal qual exige o Estado Democrático de Direito comprometido com os direitos fundamentais de todas as dimensões*, e um sistema de intervenção máxima na esfera penal, há de se lembrar constantemente que também *o Estado Democrático de Direito* (e, portanto, o sistema jurídico estatal) *haverá de atuar nos limites do necessário à consecução dos seus fins primordiais, entre os quais assume destaque a proteção e promoção da dignidade da pessoa humana de todos os integrantes da comunidade.*¹⁹³

Continua o autor, afirmando que

o princípio da proporcionalidade não pode deixar de ser compreendido - para além de sua função como critério de aferição da legitimidade constitucional de medidas que restringem direitos fundamentais - na sua dupla dimensão como proibição de excesso e insuficiência, já que ambas as facetas guardam conexão direta com as noções de necessidade e equilíbrio.¹⁹⁴

Ademais, a redução indiscriminada do poder punitivo pode ser seletivamente direcionada para privilegiar os estamentos sociais privilegiados. O ceticismo de que de nada adianta medidas para reduzir a seletividade do sistema penal, buscando a responsabilização de autores de crimes gravíssimos até então imunes à punição, apenas beneficia aos poderosos de sempre, pois leva ao imobilismo.

¹⁹² FELDENS, Luciano. *Direitos Fundamentais e Direito Penal: a constituição penal*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p.52. No mesmo sentido, STRECK, Lênio Luiz; FELDENS, Luciano. *Crime e Constituição: A legitimidade da função investigatória do Ministério Público*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p.38.

¹⁹³ SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: RT, nº 47, março-abril de 2004, p.121-122 (destaque nosso).

¹⁹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: RT, nº 47, março-abril de 2004, p. 122.

Destaca-se o caráter criminógeno e desagregador da impunidade do “andar de cima”. Trata-se de postura conformista não trabalhar no sentido da mudança de uma posição claramente injusta, obviamente sem descambar para uma “caça às bruxas”, ou seja, a medidas irracionais e violadoras dos direitos fundamentais.¹⁹⁵

Não se olvida que pessoas poderosas também possam ser vítimas de injustiças, mesmo no sistema desigual atual. No entanto, parece certo que as chances de uma pessoa detentora de poder econômico e/ou político ser injustiçado são imensamente menores do que uma pessoa comum.

Na prática, de maneira não intencional, acaba se incentivando uma Justiça de duas classes: uma que tem acesso a todas as garantias possíveis e mesmo discutíveis, direcionada a uma ínfima minoria de pessoas com poder político e econômico, pertencentes aos segmentos sociais privilegiados; e outra para a grande massa de pessoas sem dinheiro e sem poder, pertencentes aos segmentos sociais desprivilegiados. Isso porque a redução indiscriminada do sistema penal tende a favorecer os poderosos, como consequência do próprio *caráter desigualitário, conflituoso e seletivo da sociedade*.

De fato, o tratamento genérico de todas as pessoas submetidas ao poder estatal como vulneráveis gera uma clara distorção, na medida em que a vulnerabilidade em face do Estado tem gradações. Se para a esmagadora maioria da população o Estado é o ente mais forte, para algumas pessoas especialmente poderosas essa situação não é tão discrepante, devendo o sistema penal ser direcionado para ser efetivo em face dessas pessoas (até mesmo pelo imenso potencial de violação dos direitos humanos que suas condutas podem vir a ter), sem piorar a situação da esmagadora maioria da população. Não é isso que se verifica na prática.

Isso poder ser visto por meio de institutos penais, como o cálculo de pena, onde argumentos pretensamente garantistas podem ser usados para atenuação da apenação de condutas graves de pessoas poderosas. Aprofundaremos essa questão no tópico 5.2. do

¹⁹⁵ “Como já se observou, não se defende aqui a perseguição de integrantes de classes favorecidas, numa suposta visão demagógica que pregaria a prisão dos ricos e a libertação dos pobres, assim como não se advoga a tese de que o sistema penal é o instrumento apto a promover, por si só, ou como protagonista, a modificação social.” (AGUIAR FILHO, Oliveiros Guanais de. *Igualdade, sistema penal e criminalidade de poder*. In: SCHIMITT, Ricardo Augusto (org.). *Princípios Penais Constitucionais*. Salvador: JusPodivm, 2007, p.274).

presente trabalho, mas desde já pode ser lembrada a reiterada afirmação de que a prisão deve ser restrita a “crimes violentos”, geralmente praticados por pessoas pertencentes aos estamentos menos privilegiados, como roubos (pois essas sequer possuem recursos para crimes mais sofisticados). Tal lógica, pretensamente garantista (já que reduz o poder punitivo), praticamente imuniza da sanção mais gravosa autores de crimes contra bens difusos, geralmente praticados por pessoas pertencentes aos estamentos privilegiados, muitas vezes mais gravosos do que crimes violentos (p. ex. é certamente mais grave o desvio de milhões de reais destinados a políticas públicas do que o roubo de um celular mediante um empurrão sem lesões), potencializando a seletividade do sistema penal.

Outras vezes o discurso de proteção às garantias é tendenciosamente direcionado para justificar entendimentos que só (ou majoritariamente) beneficiam os poderosos, como a proibição de investigação por parte do Ministério Público e limitações a métodos modernos de prova e de obtenção de provas, como foi, originariamente, com as interceptações telefônicas e quebras de sigilo bancário e é, atualmente, com as colaborações premiadas. Qualquer medida que, potencialmente, possa a vir incriminar pessoas que pertençam aos segmentos privilegiados da sociedade é submetida a escrutínio muito mais severo do que as medidas investigativas tradicionais, que normalmente tem como alvo as parcelas mais vulneráveis da população.¹⁹⁶

Por outro lado, seguindo a lógica que qualquer lei, instituto ou entendimento que “reduza o poder punitivo” é válido, criam-se discrepâncias evidentes. De fato, deve o jurista ou operador do direito ficar à mercê de uma medida que, em que pese dificulte o poder punitivo, coloque em risco direitos humanos? Isso não é, de modo algum, argumento retórico. Por exemplo, há políticos no Brasil que sustentam a criação de lei que elimine ou reduza drasticamente a figura do excesso em legítima defesa, o que amplia hipótese de excludente de ilicitude e, logo, diminui o poder punitivo estatal. Por essa proposta, pessoas que praticam crime poderiam ser executadas mesmo rendidas ou a vítima poderia usar de meio claramente excessivo para se defender. Ora, essa medida, que reduz o poder punitivo, obviamente viola o direito à vida. Para ser coerente em sua premissa humanista, as teorias

¹⁹⁶ Em sentido similar, cf. SCHÜNEMANN, Bernd. *Del derecho penal de La clase baja al derecho penal de la clase alta: un cambio de paradigma como exigência moral*. Trad. Lourdes Baza. In: SCHÜNEMANN, Bernd. *Temas actuales y permanentes del derecho pernal después del milenio*. Madri: Tecnos, 2002, p.57-58.

restritivas do poder punitivo deveriam defender a inconstitucionalidade de uma lei que reduz o poder punitivo.

E nem se diga que tal lei que exclui o excesso de legítima defesa iria “aumentar o poder punitivo”, já que autorizaria a execução praticada por agentes estatais, mormente policiais. Em um Estado democrático execuções extra-legais feitas por agentes estatais não configuram poder punitivo, configuram crimes (e dos mais graves, necessário frisar). Ademais, o aumento do alcance da excludente “beneficiária” particulares e agentes públicos, sendo certo que para a pessoa executada, assim como para seus familiares, pouco importa que o perpetrador da violência autorizada pela esdrúxula eliminação do excesso da excludente de legítima defesa integre os quadros do Estado ou não.

Outro exemplo pode ser encontrado em leis estadunidenses que aumentaram o alcance da legítima defesa, criando a regra conhecida como *stand your ground*.¹⁹⁷ Por meio de tais leis, o fato da pessoa se sentir ameaçada lhe dá o direito de executar a fonte da ameaça, sendo praticamente inviável a produção de prova de que a situação não era de

¹⁹⁷ “A Flórida criou a receita que dá a qualquer cidadão uma licença para matar.” “Desde que tudo seja feito da maneira certa, não há risco de processo criminal e nem mesmo de o cidadão ser levado pela Polícia para a cadeia.” “Basta explicar aos policiais que atirou na vítima porque sentiu medo de perder a vida ou de ser gravemente ferido, em decorrência de um confronto, por qualquer razão, em qualquer lugar.” “E invocar a proteção da lei *Stand your Ground* (Não ceda terreno), que substituiu a doutrina da legítima defesa pela doutrina do “homicídio justificável”.” “A lei retirou a obrigação de o cidadão tentar se retirar e evitar o uso de “força letal”.” “O diretor-executivo da “Coalizão da Flórida para Parar a Violência com Arma”, Arthur Hayhoe, explicou a receita ao jornal *USA Today*: para escapar da Justiça, basta confrontar a vítima em um lugar ou em um momento em que não haja testemunhas.” “Depois, provocar o confronto e esperar que o outro ataque ou pelo menos tente se defender.” “Se ela tiver alguma coisa na mão, melhor ainda.” “Ajuda a mostrar que o perigo existia.” “Atire para matar.” “A ironia dessa situação é que é preciso matar, para se safar de uma investigação criminal”, disse a professora da Faculdade de Direito de Savannah Elizabeth Megale.” “Se não há testemunhas, é uma palavra contra a outra.” “Mortos não falam.” “Muitas vezes, o agressor acaba preso quando a vítima não morre”, declarou.” “A *National Rifle Association (NFA)*, a associação americana que reúne os fabricantes de armas dos EUA e que conseguiu convencer políticos da Flórida a aprovar a lei *Stand your Ground*, se encarregou de levá-la a outros estados.” “No todo, 24 estados adotaram a lei.” “E, em todos os eles, os americanos estão se debatendo com o monstro que criaram.” “A lei impede, na maioria dos casos, a ação da Polícia, que teme ser processada se abrir investigação criminal ou, pior, colocar na cadeia um assassino que invoca a proteção dessa lei.” “Inibe a ação dos promotores, que não podem processar um criminoso que alega estar protegido por essa lei.” “E obriga juízes a rejeitarem ações criminais, antes que elas se iniciem, quando a denúncia é feita.” “A justificativa para a criação dessa lei foi a de que ela inibiria crimes, como assaltos, porque os criminosos saberiam que os cidadãos poderiam estar armados e poderiam reagir com tiros.” “Mas o efeito foi diverso.” “Enquanto não se tem notícia de assaltantes tenham sido contidos, amontoam-se os casos de criminosos que escapam da Justiça, porque mataram com a licença que a lei lhe concedeu.” MELO, João Ozório de. *Licença para matar: Leis com efeitos indesejáveis preocupam americanos*. In: <https://www.conjur.com.br/2012-mai-28/leis-efeitos-colaterais-indesejaveis-preocupam-americanos>, consulta em 05/07/2018. Há notícias no sentido de que leis similares foram aprovadas em vinte e três Estados norte-americanos. Cf. MELO, João Ozório de. *Lobby das armas: Lei que expandiu legítima defesa resultou em mais homicídios na Flórida*. In: <https://www.conjur.com.br/2016-nov-16/lei-expandiu-legitima-gerou-homicidios-florida>, consulta em 05/07/2018.

risco, se a vítima morrer e não houver testemunhas ou registro de imagens. Tal lei diminui o poder punitivo, já que dificulta a punição de pessoas que mataram outras; normalmente pessoas que não integram o poder de estatal, de modo que o argumento de que tal lei aumenta o poder punitivo não se sustenta. O mesmo raciocínio acima descrito quanto à proposta de eliminação do excesso de legítima defesa pode ser exposto no presente caso: sob um enfoque humanista, é necessário defender a inconstitucionalidade de uma lei que reduz o poder punitivo, ou seja, a existência do poder punitivo, no caso, tem função protetiva dos direitos fundamentais.

A propósito, é mesmo descabido considerar a função de proteção de direitos humanos como incompatível com o poder punitivo do Estado. No Brasil, temos mais de 65.000 (sessenta e cinco mil) homicídios por ano¹⁹⁸, sendo plenamente razoável e mesmo imperativo ético direcionar o sistema penal para a tutela da vida humana ceifada, de forma violenta e intencional. Não se olvida da existência de outras mortes, causadas por negligência do poder público, que devem ser evitadas por estratégias não punitivas.¹⁹⁹ Mas isso não tira o valor humanístico de se tentar prevenir e reprimir homicídios por meio do sistema penal, que deve ser efetivo nessa tarefa.²⁰⁰

O mesmo raciocínio, mais evidente no caso de crimes contra a vida, pode ser feito em relação a diversos outros crimes, todos com endêmica incidência no Brasil. A criminalidade afeta incisivamente a vida das pessoas, como qualquer um pode perceber, mormente quando vivencia o cotidiano forense. Vítimas têm suas vidas profundamente afetadas após crimes violentos, muitas vezes perdendo por completo a sensação de

¹⁹⁸ Segundo o Atlas da Violência de 2019, feito pelo IPEA e pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública, em 2016 o Brasil contabilizou 65.602 (sessenta e cinco mil, seiscentos e dois) homicídios. Cf. http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatorio_institucional/190605_atlas_da_violencia_2019.pdf, p.24, consulta em 08 de outubro de 2019. As estatísticas de homicídios, em que pesem eventuais distorções na coleta de dados, tendem a ser bem confiáveis, tendo em vista a normal existência de um cadáver (é excepcional o corpo não ser encontrado), por meio do qual é possível constatar que houve a morte violenta intencional.

¹⁹⁹ “O papel do sistema penal na contribuição para a convivência pacífica e igualitária em sociedade é meramente auxiliar. As políticas públicas devem fazer o papel principal.” “Contudo, aceitando-se a legitimidade de um sistema penal, este deverá ser empregado para o desestímulo à prática das mais graves ofensas contra os bens jurídicos mais relevantes.” (AGUIAR FILHO, Oliveiros Guanais de. *Igualdade, sistema penal e criminalidade de poder*. In: SCHIMITT, Ricardo Augusto (org.). *Princípios Penais Constitucionais*. Salvador: JusPodivm, 2007, p.274).

²⁰⁰ Por exemplo, não é razoável que um processo de homicídio, a depender da estrutura do Judiciário e da habilidade da Defesa, possa demorar muitos anos (por vezes mais de uma década) e, no caso de condenação, não é proporcional, por ser excessivamente branda, a aplicação de uma pena que pode começar em regime semiaberto, com progressão para regime aberto em um ano, ou mesmo aberto, na hipótese de homicídio tentado, como ocorre no sistema penal brasileiro.

segurança que tinham e, conseqüentemente, o direito de viver em paz. Comerciantes, sobretudo os pequenos, têm os negócios inviabilizados por reiterados furtos e roubos. Mulheres e crianças têm suas vidas destroçadas diante de estupradores e agressores domésticos. A sociedade é vilipendiada e tem o seus direitos sociais negados diante da rapina promovida por agentes públicos e empresários corruptos. Vidas são aviltadas, com conseqüências terríveis, por pessoas gananciosas que privam a liberdade de outras pessoas com objetivo de lucro, como nos casos de extorsão mediante sequestro e de redução à condição análoga a escravo. A presente e as futuras gerações têm sua própria existência vital em risco diante de perpetradores de crimes ambientais e de crimes contra outros bens difusos.

É certo que todos os crimes narrados, assim como outros, possuem múltiplas causas e diversas estratégias de solução possíveis. No entanto, é inegável que *o sistema penal, ao se colocar como instrumento contrafático diante de situações tão gravosas, tem respaldo ético*, o que convalida a função de prevenção geral positiva da pena.

Por outro lado, sem desconsiderar que a prevenção geral negativa é multifatorial, sendo mais relevantes para a prevenção negativa dos crimes fatores como o controle social informal, formal não penal e mesmo o autocontrole²⁰¹, é razoável considerar que a pena criminal possui efeitos preventivos, seja por força própria, seja reforçando os demais meios de controle social (em uma função comunicativa para assegurar e confirmar outros controles sociais²⁰², que se confunde com a prevenção geral positiva).

De fato, embora olvidado ou mesmo negado por parcela da doutrina de orientação crítica, existem fundamentos sólidos que indicam os efeitos preventivos intimidatórios (prevenção geral negativa), mesmo que modestos, da pena criminal. Nesse sentido, situa-se a ponderada síntese de ANTONIO GARCIA-PABLOS DE MOLINA:

²⁰¹ Para uma síntese a respeito do controle social e sua evolução, cf. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Tratado de Criminología*. 5ª ed. Valencia: Tirant lo Blach, 2014, p.216-230. Diversos estudos relevantes sobre o controle social podem ser encontrados em BERGALLI, Roberto; BUSTOS RAMÍREZ, Juan (org.). *O Pensamento Criminológico II: Estado e controle*. Trad. Roberta Duboc Pedrinha e Sergio Chastinet Duarte Guimarães. Rio de Janeiro: Revan, 2015. Sobre a teoria do autocontrole, cf. SERRANO MAÍLLO, Alfonso; PRADO, Luiz Regis. *Curso de Criminologia*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2013, p.293-311.

²⁰² Nesse sentido, cf. HASSEMER, Winfried; MUÑOS CONDE, Francisco. *Introdução à Criminologia*. Trad. Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.252-255.

Contra o que podem supor aqueles que atribuem ao castigo um inquestionável e eficaz impacto intimidatório, as citadas investigações empíricas chegam a um resultado muito mais cético e relativizador. A cominação penal (pena em abstrato) tem uma capacidade contramotivadora real certa, mas muito inferior à pretendida. Por outra parte, o processo dissuasório dista de ser simples e linear, nele intervindo uma rica gama de variáveis. A decisiva ou mais relevante não é, desde logo, o rigor ou severidade nominal da pena abstrata, senão a percepção pelo infrator do risco de ser descoberto e detido associado ao rendimento e efetividade do sistema legal e a fatores como a certeza ou infalibilidade do castigo e a prontidão da imposição deste.²⁰³

No mesmo sentido, encontra-se a posição de respeitadíssimos estudiosos estrangeiros.²⁰⁴ No Brasil, GABRIEL SILVEIRA DE QUEIRÓS CAMPOS e LAURA FRITSCH defendem posição similar:

Apesar de fraca a correlação entre severidade da pena e as taxas de criminalidade, pesquisas empíricas sugerem que a certeza da punição desempenha um papel significativo nos cálculos de custo-benefício dos criminosos. Do mesmo modo, há inúmeros estudos de casos em que, quando a certeza da punição é removida, os índices de cometimento de crimes aumentam rapidamente. Da famosa greve da polícia de Melbourne, em 1923, até a séria crise atual na cidade de Vitória²⁰⁵, no Espírito Santo, a ausência de policiais nas ruas estimulou a prática desenfreada de saques no comércio local e todo tipo de crimes oportunistas até a restauração da ordem.²⁰⁶

²⁰³ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Tratado de Criminología*. 5ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014, p.1153.

²⁰⁴ No sentido de admitir finalidade preventiva modesta, mas inegável da pena, cf. SILVA SANCHES, Jesus Maria. *A expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: RT, 2002, p.72. Analisando a eficácia preventiva moderada da maior probabilidade de ser punido, com base em dados empíricos, cf. REDONDO ILLESCAS, Santiago; GARRIDO GENOVÉS, Vicente. *Principios de Criminología*. 4ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p.476 e ss.

²⁰⁵ Os autores se referem à paralisação da polícia militar no Estado do Espírito Santo, uma espécie de “greve branca” dos policiais militares locais, que se recusavam a sair dos quartéis.

²⁰⁶ CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós; FRITSCH, Laura. *Justificando e reestruturando o aumento da pena base decorrente do passado criminoso*. In: BEDÊ JÚNIOR, Américo; CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós (coords.). *Sentença criminal e aplicação da pena: ensaios sobre discricionariedade, individualização e proporcionalidade*. Salvador: Juspodivm, 2017, p.280 (com referência às seguintes fontes: WOLPIN, Kenneth I. *An Economic Analysis of Crime and Punishment in England and Wales, 1894-1967*. *Journal of Political Economy*, v.86, n.5, 1978; BLUMSTEIN, Alfred; COHEN, Jacqueline; NAGIN, Daniel (eds.) *Deterrence and incapacitation: estimating the effects of criminal sanctions on crime rates*. National Academy of Sciences Press, Washinton, DC, 1978; BEYLEVELD, Deryck. *A Bibliography on General*

Já ressaltando os aspectos de reafirmação dos valores sociais e da ordem jurídica (prevenção geral positiva) referentes à pena criminal, é oportuna a menção à posição de WINFRIED HASSEMER e FRANCISCO MUÑOS CONDE:

As possibilidades que tem o Direito penal e alcançar as metas preventivas gerais residem, pois, em grande parte, na relação que tem com outros processos e setores do controle social. Com maior energia e com maior publicidade que outras instâncias de enculturação e socialização, o sistema jurídico-penal, através da cominação e execução da pena, afirma e assegura as normas consideradas indispensáveis em cada sociedade. Mas estas normas não são do domínio exclusivo do Direito penal. O que o Direito penal faz é *afirmá-las e assegurá-las* de modo especialmente enérgico. Estas normas constituem a base de todos os demais processos de controle social, apesar de, neles, se imporem com outros meios e, muitas vezes, formulem-se de maneira distinta. A partir deste ponto de vista, a meta preventiva geral do Direito penal não é já a simples intimidação, senão a confirmação e garantia das normas básicas que regulam o comportamento humano em sociedade.²⁰⁷

A vítima do crime e a sociedade em geral exigem respostas punitivas a tais situações especialmente gravosas, devendo o Estado se colocar, de maneira respeitadora dos direitos fundamentais, na direção dessa justa expectativa. Longe de ser uma pauta elitista, a preocupação com o crime é preocupação da população inteira, em especial os integrantes de camadas mais vulneráveis da população, que são os mais vitimados.²⁰⁸ De fato,

é certo que a criminalidade tem causas complexas e soluções difíceis, que passam por maior justiça social. Mas ainda que o crime fosse mera consequência de condicionantes sociais [premissa irrealista, que praticamente ignora a autonomia de vontade do indivíduo, que pode ser influenciada, mas não determinada], não poderia ser simplesmente ignorado, nem se pode aguardar

Deterrence. Farnborough, England: Saxon House, 1980; ROSS, H. L. *Are DWI Sanctions Effective?* Alcohol, Drugs and Driving, vol.8, n.1, 1992, p.61-69).

²⁰⁷ HASSEMER, Winfried; MUÑOS CONDE, Francisco. *Introdução à Criminologia*. Trad. Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.253.

²⁰⁸ Tal questão é trabalhada pelo realismo de esquerda, que coloca ênfase na questão da seletividade das vítimas no sistema penal, também majoritariamente pertencentes a segmentos sociais mais vulneráveis. Cf. LEA, John; Young, Jock. *Que hacer com La ley y el orden?* Trad. Martha B. Gil e Mariano A. Ciafardini. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2001, *passim*.

passivamente até que se alcance um estágio maior de desenvolvimento econômico que leve a uma diminuição da criminalidade.²⁰⁹

Não se sustenta a pretensão ingênua ou mal intencionada de resolver todos os problemas sociais graves por meio do direito penal, mas sim que a ausência de direito penal agrava os problemas sociais. Concorde-se que o sistema penal não é “onipotente no combate ao crime”, mas discorda-se de sua “total impotência”.²¹⁰ Discorda-se que a única política criminal democrática e respeitadora dos direitos humanos é aquela que apenas limita o direito penal, pois *é possível sustentar uma política criminal que tem como objetivo controlar e direcionar o sistema punitivo para a tutela dos direitos fundamentais, individuais e coletivos, com a meta de ser o mais igualitário possível.*

Por fim, não se olvida que possa ser argumentado que a política criminal inspirada no garantismo e na teoria agnóstica da pena não tem nenhuma ligação com a seletividade do sistema penal, já que esse seria inerentemente injusto e, na verdade, a aplicação da política criminal em apreço de forma apenas parcial gera a distorção, já que a ideia seria aplicá-la para todas as pessoas.

No entanto, embora se admita que exista déficit de garantias para a parcela expressiva da população, não é factível a perspectiva de conferir as mesmas “garantias” ampliadas da ínfima parte privilegiada da sociedade à população inteira. Por exemplo, não seria factível que todos os submetidos a processo criminal manejassem a quantidade de recursos e medidas impugnativas da forma que fazem alguns imputados, por vezes inviabilizando o poder punitivo por meio do advento da prescrição.²¹¹ Outros instrumentos,

²⁰⁹ BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Crime Organizado e Proibição de Insuficiência*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p.92 (comentário em colchete nosso).

²¹⁰ “Por isso é que não se pode abdicar do direito penal e da tentativa de adequá-lo à nova realidade social, funcionando ele, ao lado de outros fatores econômicos, sociais, educacionais, etc. como um fator no aumento ou diminuição da criminalidade, embora o grau em que isso se dê seja de difícil avaliação, justamente pela complexidade das relações sociais e pela multiplicidade dos fatores envolvidos, bem como pelo fenômeno do *deslocamento*, i.e., a modificação geográfica ou na forma de atuação dos criminosos decorrente da atuação repressiva em certas áreas ou delitos.” “O que é certo, porém, é que nada acontece se nada for feito e que a impunidade é um fator negativo, de modo que se pode agir contra o crime e, simultaneamente, contra suas causas.” (BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Crime Organizado e Proibição de Insuficiência*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p.93).

²¹¹ Cf. crítica ao sistema recursal (cível e penal) em FREITAS. Vladimir Passos de. *Brasil avança no Ranking de piores sistemas de Justiça do mundo*. In: <https://www.conjur.com.br/2015-jun-14/segunda-leitura-brasil-avanca-ranking-piores-sistemas-justica-mundo>, consulta em 05/07/17. Para uma ampla crítica no sentido que o sistema processual penal pode gerar imunidade penal, sob a alegação de respeito às garantias, cf. ARAÚJO, Marcelo Cunha de. *Só é preso quem quer: Bastidores do Sistema de Punição Seletiva*. Niterói: Impetus, 2012, p.07-88.

como facilidade de acesso a Desembargadores e Ministros de Tribunais, para distribuição de memoriais e feitura de sustentações orais, também são claramente inviáveis para a generalidade da população, seja por falta de recursos (p. ex. é muito caro arcar com os gastos de um Advogado em viagens até a capital)²¹², seja por inviabilidade logística (p. ex. é impossível que todos os Advogados que propõe ação ou recurso no Supremo Tribunal Federal possam ser pessoalmente atendidos por Ministros).

Ademais, a política criminal deve ser submetida ao crivo da realidade e, na prática, sob pretexto de reduzir indiscriminadamente o poder punitivo, questões como tratamento privilegiado para autores de crimes gravíssimos não violentos, que dificilmente vão para a prisão, continuam intocadas, já que encobertas por um manto de suposta igualdade. Não pode ser sustentada uma lógica de político criminal que, na prática, para determinadas pessoas, gera a possibilidade de ser obtida *imunidade penal*. Com efeito, sem abraçar qualquer “punitivismo desenfreado” e tendo como norte a importância da defesa das garantias penais e processuais, é necessário levar em consideração que “se o processo for impedimento absoluto ao poder de punir do Estado, ou expediente a ser manobrado com essa finalidade, não há sentido na existência de um sistema penal.”²¹³

Em suma, a tentativa de contenção generalizada e indiscriminada do poder punitivo, por conta das distorções inevitáveis de sua aplicação prática político-criminal, acaba alimentando a seletividade do sistema penal, já que é manipulada pelos segmentos privilegiados da sociedade, gerando distorções do sistema penal e mesmo verdadeiras imunizações de determinados agentes, independentemente da gravidade das condutas praticadas.

²¹² Constatando que existência de sustentação oral perante o Superior Tribunal de Justiça tem relevância estatística na concessão de *habeas corpus*, o que alimenta a seletividade devido aos custos financeiros para a presença de defensor à sessão de julgamento, cf. GROSNER, Marina Quezado. *A seletividade do sistema penal na jurisprudência no Superior Tribunal de Justiça: o trancamento da criminalização secundária por decisões em habeas corpus*. São Paulo: IBCCRIM, 2008, p.149 e ss.

²¹³ AGUIAR FILHO, Oliveiros Guanais de. *Igualdade, sistema penal e criminalidade de poder*. In: SCHIMITT, Ricardo Augusto (org.). *Princípios Penais Constitucionais*. Salvador: JusPodivm, 2007, p.268.

2.3. Expansão e contenção do direito penal

A expansão do direito penal é pauta importante no estudo do sistema penal atual. De fato, fenômenos como o aumento de hipóteses de criminalização de condutas de perigo abstrato, a criação de crimes que tutelam bens supraindividuais (meio ambiente, ordem econômica, saúde pública etc.), a criminalização de condutas que outrora configuravam meros atos preparatórios, o aumento de hipóteses de delitos de comissão por omissão, dentre outros, expandiram a abrangência da criminalização de condutas para áreas não cogitadas por um sistema penal que sempre se focou na criminalização de lesões individuais, praticadas por indivíduos em face de outros, além da criminalização de condutas praticadas por indivíduos contra o Estado.

A situação da expansão do sistema penal foi bem descrita e analisada por JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ em sua obra “A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais”²¹⁴. Segundo o autor,

não é nada difícil constatar a existência de uma tendência claramente dominante em todas as legislações no sentido da introdução de novos tipos penais, assim como um agravamento dos já existentes, que se pode encaixar no marco geral da restrição, ou a “reinterpretação” das garantias clássicas do Direito Penal substantivo e do Direito Processual Penal. Criação de novos “bens jurídico-penais”, ampliação dos espaços de riscos jurídico-penalmente relevantes, flexibilização dos princípios políticos-criminais de garantia, não seria mais do que aspectos dessa tendência geral, à qual cabe referir-se com o termo “expansão”.²¹⁵

SILVA SÁNCHEZ, na mencionada obra, estuda as causas da expansão do sistema penal, cujas raízes se encontram na mudança de expectativa social relativa ao papel do sistema penal nas duas últimas décadas do século XX, onde a ânsia social por mais proteção frente aos novos riscos é canalizada como demanda por mais punição.²¹⁶ O autor

²¹⁴ SILVA SANCHES, Jesus Maria. *A expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. da 2ª ed. espanhola Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: RT, 2002 (originalmente publicado em 1999, com novas edições em 2001 e em 2011 - essa última com acréscimo de epílogo e resenhas de outros autores, mas sem mudanças no texto principal).

²¹⁵ SILVA SANCHES, Jesus Maria. *A expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: RT, 2002, p.21.

²¹⁶ SILVA SANCHES, Jesus Maria. *A expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: RT, 2002, p.23.

diferencia essa nova expectativa social por mais proteção da perspectiva da “lei e ordem”, surgida a partir da década de 1970 no Estado Unidos da América, que busca o aumento da intensidade da resposta punitiva para a “criminalidade de rua”, praticada pela delinquência de massas, patrimonial e violenta, e não se focava nos novos riscos sociais.²¹⁷ Ao contrário do movimento da “lei e ordem”, a expansão do sistema penal não se restringia a uma pauta conservadora da sociedade, sendo apoiado também por setores progressistas, que viram o sistema penal como modo de instrumentalizar suas demandas (p. ex. proteção do meio ambiente, dos consumidores etc.), gerando um espécie de “consenso geral, ou quase geral, sobre as “virtudes” do Direito Penal como instrumento de proteção dos cidadãos.”²¹⁸

O mencionado autor descreve e analisa algumas causas da expansão do sistema penal, que se entrelaçam, como o surgimento de “novos interesses sociais” (no que se incluem os bens difusos), o aparecimento de novos riscos sociais (de natureza incontrolável e imprevisível), a institucionalização da insegurança em face desses novos riscos, o aumento da sensação social da insegurança (real e potencializada pelos meios de comunicação de massa), a configuração de uma sociedade de “sujeitos passivos” em face do Estado de “bem estar” europeu, a identificação da maioria da sociedade com a vítima do delito, o descrédito de instâncias não penais de proteção, o surgimento de “gestores atípicos da moral” (exigindo novas criminalizações para fortalecer suas pautas políticas), o comportamento da socialdemocracia europeia (que passa a também a ter uma pauta criminalizadora, antes restrita a partidos políticos conservadores) e o “gerencialismo” (que se contrapõe à suposta “ineficiência” do direito e processo penal clássicos).²¹⁹ Aborda, também, a globalização econômica e a integração supranacional (bem acentuada no caso europeu) como multiplicadores da expansão penal, já que relativizam regras de imputação e garantias de política criminal²²⁰, assim como a política criminal e a teoria do direito penal

²¹⁷ SILVA SANCHES, Jesus Maria. *A expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: RT, 2002, p.24-25. Abordaremos o movimento lei e ordem no tópico 2.4. infra.

²¹⁸ SILVA SANCHES, Jesus Maria. *A expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: RT, 2002, p.25.

²¹⁹ SILVA SANCHES, Jesus Maria. *A expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: RT, 2002, p.27-74.

²²⁰ SILVA SANCHES, Jesus Maria. *A expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: RT, 2002, p.75-96.

diante dos aspectos socioculturais e políticos da globalização²²¹, fazendo um diagnóstico abrangente da expansão do sistema penal.

Em contraposição a essa expansão, é necessário ressaltar que, em determinadas áreas, o sistema penal tem se contraído de maneira indubitável. Condutas antes generalizadamente penalizadas, como adultério, relações homossexuais entre adultos, dentre outras, de cunho moralista, são cada vez mais descriminalizadas em Estados laicos. Outras condutas, como aborto e posse de drogas para consumo, também são despenalizadas ou descriminalizadas em alguns países. Assim, é possível constatar que o sistema penal passa a abranger novas áreas e abandona outras, cuja criminalização já não faz mais sentido no contexto social das sociedades que outrora as criminalizava. Todavia, isso não desautoriza o diagnóstico de expansão do sistema penal para novas áreas, objeto do presente tópico.

De todo modo, diante da situação de expansão do sistema penal surgem posições dogmáticas e de política criminal sustentando a contenção do sistema penal ao seu núcleo clássico de proteção de bens jurídicos individuais. Nesse sentido, “a defesa do “minimalismo” tem sido associada, sobretudo, às posturas defendidas por alguns dos mais significativos autores da Escola de Frankfurt. Esses, voltando-se à defesa de um modelo ultraliberal do Direito Penal, vêm propondo sua restrição a um “Direito Penal básico” que tenha por objeto as condutas atentórias à vida, à saúde, à liberdade e à propriedade, com manutenção das máximas garantias na lei, na imputação de responsabilidade e no processo. Nessa ótica, caracterizam a evolução do Direito Penal oficial como uma “cruzada contra o mal”, desprovida de uma mínima fundamentação racional.”²²²

A posição de contenção do sistema penal é similar ao garantismo de FERRAJOLI no sentido que ambas as posições focam em um sistema penal voltado a bens jurídicos individuais, embora quem defenda a contenção do sistema penal tende a ser mais radical nesse ponto do que os garantistas. Todavia, se diferenciam, dentre outras questões, pelo fato que os defensores da contenção não seguem, necessariamente, o marco jurídico positivista do garantismo, assim como o restrito rol de finalidades da pena sustentado pelo

²²¹ SILVA SANCHES, Jesus Maria. *A expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: RT, 2002, p.97-104.

²²² SILVA SANCHES, Jesus Maria. *A expansão do Direito Penal: Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: RT, 2002, p.21.

garantismo (prevenção geral negativa do crime e de reações informais), havendo autores, como WINFRIED HASSEMER, que defendem a contenção do sistema penal e, ao mesmo tempo, defendem a finalidade da pena funcionalista de prevenção positiva, seja geral, seja especial.²²³

Os autores que defendem a contenção do sistema penal, limitando-o a bens individuais, basicamente, sustentam uma “volta ao Direito Penal liberal, centrado na proteção dos bens essenciais personalistas e do patrimônio, com estrita vinculação aos princípios de garantia.”²²⁴ Tais autores ainda criticam reformas penais que propugnam a antecipação da incriminação, o aumento dos crimes de perigo e a criminalização de condutas que afetam novos bens jurídicos, o que, em conjunto com o “aparelhamento do processo penal para fins pragmáticos, representam um inaceitável abandono dos princípios do direito e do processo penal liberal.”²²⁵

A intenção que rege a proposta de contenção do sistema penal é, “sem dúvida, a de recuperar a configuração de um Direito estrito de garantia dos cidadãos diante da intervenção repressiva do Estado.”²²⁶ São defendidas estratégias diversas da penal para a tutela de bens jurídicos não contidos no “núcleo fundamental” do direito penal, como os bens difusos, que seriam mais eficientes (sem necessidade de respeito às garantias penais) e menos gravosas (sem imposição de sanções penais, como a prisão), como a proposta de direito de intervenção feita por HASSEMER.²²⁷

²²³ Cf. HASSEMER, Winfried. *Introdução aos Fundamentos do Direito Penal*. Trad. Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005, p.373-428; HASSEMER, Winfried; NAUCKE, Wolfgang; LÜDERSEN, Klaus. *Principais Problemas de la Prevención General*. Trad. Gustavo Eduardo Aboso e Tea Löw. Buenos Aires/Montevidéu, B de F, 2004, p.45-82.

²²⁴ SILVA SANCHES, Jesus Maria. *A expansão do Direito Penal: Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: RT, 2002, p.21. Cf. HASSEMER, Winfried. *Linhas gerais de uma teoria pessoal do bem jurídico*. Trad. Fernanda Lara Tórtima. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (orgs.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?*. 2ªed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p.9-22.

²²⁵ BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Crime Organizado e Proibição de Insuficiência*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p.86.

²²⁶ SILVA SANCHES, Jesus Maria. *A expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: RT, 2002, p.136.

²²⁷ HASSEMER, Winfried; MUÑOS CONDE, Francisco. *La responsabilidad por el producto en el derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1995, p.41 e ss. Sobre o tema, cf. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito Penal Supra-individual*. São Paulo: RT, 2003, p.199-206.

Pois bem, embora se reconheçam os méritos da crítica à expansão do sistema penal, certo é que, se sustentarmos que o sistema penal tem como função a tutela de bens jurídicos essenciais, afrontados por condutas graves, torna-se impossível, no atual estágio de evolução da sociedade, excluirmos de seu rol protetivo a tutela de bens difusos e coletivos. É razoável sustentar “que as baterias do direito penal do Estado Democrático de Direito devem ser direcionadas para o combate dos crimes que impedem a concretização dos direitos fundamentais em suas diversas dimensões.”²²⁸ Dessa forma,

a legitimidade de intervenção penal não se vincula ao fato de o bem jurídico protegido apresentar índole individual ou coletiva, mas sim à sua relevância dentro do quadro constitucional de valores, e da intensidade da ofensa que se criminaliza.²²⁹

De fato, seria amplamente incoerente, por exemplo, sustentar que o direito penal deve tutelar a vida humana e, ao mesmo tempo, entender que condutas que colocam em risco a vida de incontáveis pessoas e outros seres vivos, como danos ambientais, não sejam penalmente relevantes. Aliás, os bens jurídicos difusos enfeixam inúmeros e incontáveis bens jurídicos individuais, sendo natural que um sistema que criminalize a afronta grave a um bem individual também criminalize a afronta grave a bens difusos.

Ademais, seguindo o enfoque do presente trabalho, a contenção do sistema penal ao seu núcleo individualista básico possui marcado caráter seletivo, já que as condutas lesivas a bens supraindividuais geralmente são praticadas pelos detentores do poder social, econômico e político. De fato, tal posição “fomenta a manutenção de um direito/processo penal que exclui do discurso de criminalidade quase todo o sistema de ação materialmente criminoso das classes sociais mais abastadas.”²³⁰

Assim sendo, tirar a tutela dos bens difusos da esfera penal faz com que o sistema penal, que já é enviesado no sentido de se importar *prioritariamente* com a

²²⁸ STRECK, Lênio Luiz. *Constituição, bem jurídico e controle social: a criminalização da pobreza ou de como “la ley es como la serpiente; solo pica a los descalzos”*. In: Revista de Estudos Criminais, n.31, v.8, 2008, p.91.

²²⁹ AGUIAR FILHO, Oliveiros Guanais de. *Igualdade, sistema penal e criminalidade de poder*. In: SCHIMITT, Ricardo Augusto (org.). *Princípios Penais Constitucionais*. Salvador: JusPodivm, 2007, p.260.

²³⁰ SALGADO, Daniel de Resende. *A elite do crime: discurso de resistência e laxismo penal*. In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (orgs.). *Garantismo Penal Integral*. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2013, p.73.

“criminalidade de rua”, geralmente praticada pelas camadas mais vulneráveis da sociedade, passe a se focar *unicamente* na “criminalidade de rua”, institucionalizando-se que o sistema penal serve para punir as condutas socialmente mais graves praticadas, majoritariamente, pelas camadas mais pobres, e não para punir as condutas socialmente mais graves praticadas pela sociedade como um todo. JOSÉ PAULO BALTAZAR JÚNIOR bem resume a questão:

a criação de um direito penal de intervenção para a criminalidade dos poderosos, como pretende HASSEMER, é solução que sofre, porém, a crítica de consagrar formalmente a imunidade do cidadão privilegiado ao sistema penal, o que, aliás, já existe de fato.²³¹

BERND SCHÜNEMANN faz uma profunda crítica à posição de contenção do sistema penal capitaneada pela Escola de Frankfurt, tanto do aspecto da dogmática penal, quanto do aspecto de política criminal.²³² Na esfera dogmática, dentre outras questões, SCHÜNEMANN relativiza a procedência das críticas à proteção penal de bens coletivos e aos delitos de perigo abstrato.²³³ Já as críticas na esfera da política criminal são importantes para destacar como a contenção do sistema penal incentiva a seletividade desse sistema.

Com efeito, SCHÜNEMANN critica a concepção de política criminal de contenção do direito penal defendido pela Escola de Frankfurt, sustentando, com razão, que ela advoga claramente uma concepção de “direito penal de classe baixa”, onde a *lesão ao direito de propriedade* é o arquétipo de incriminação (furto e roubos), sendo muito mais provável que pessoas privadas de bens venham a praticar tais condutas, de modo que só os membros da “classe baixa” são afetados pelo sistema penal, o que seria eticamente inaceitável. O autor, então, sustenta o imperativo político criminal de existir, também, um “direito penal da classe alta”, onde o *uso socialmente irresponsável da propriedade* é o

²³¹ BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Crime Organizado e Proibição de Insuficiência*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p.87-88.

²³² Cf. SCHÜNEMANN, Bernd. *Del derecho penal de La clase baja al derecho penal de la clase alta: un cambio de paradigma como exigência moral*. Trad. Lourdes Baza. In: SCHÜNEMANN, Bernd. *Temas actuales y permanentes del derecho pernal después del milenio*. Madri: Tecnos, 2002, p.49-69.

²³³ SCHÜNEMANN, Bernd. *Del derecho penal de La clase baja al derecho penal de la clase alta: un cambio de paradigma como exigência moral*. Trad. Lourdes Baza. In: SCHÜNEMANN, Bernd. *Temas actuales y permanentes del derecho pernal después del milenio*. Madri: Tecnos, 2002, p.58-63. Na mesma linha, para uma crítica veemente à teoria pessoal do bem jurídico, cf. HEFENDEHL, Roland. *Uma teoria social do bem jurídico*. Trad. Luís Greco. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: RT, nº 87, novembro-dezembro de 2010, p.103-120.

arquétipo de incriminação (crimes contra a ordem econômica e contra o meio ambiente), sendo certo que tais condutas são geralmente praticadas por membros da “classe alta”, que passam a ser alvo de interesse do sistema penal, o que possui inegável respaldo ético, já que transmite maior equidade ao sistema penal.²³⁴

O autor também sustenta a inadequação de alternativas ao direito penal em delitos da “classe alta”, destacando a falta de definição e potencial abuso de um direito de intervenção, a insuficiência de um direito civil reparatório, que privilegia pessoas com mais posses, e a necessidade da colocação de motivos racionais para evitar a prática de crimes por agentes sociais sem quaisquer freios éticos, papel esse que só poderia ser desempenhado pelo direito penal.²³⁵

SCHÜNEMANN ainda afirma que seria insustentável querer “lutar contra a criminalidade avançada com um direito penal retrógado, rechaçando toda a modernização no âmbito do direito penal e reclamando para a luta contra a criminalidade do século XXI os meios do direito penal do século XIX”²³⁶, sem prejuízo, evidentemente, do respeito ao caráter subsidiário e fragmentário do direito penal. Ademais, pondera que “se requer que se produza igualdade e, com, ela, justiça”, de modo que apenar de forma mais incisiva lesões mais graves, como são normalmente as lesões a bens difusos e coletivos em relação às lesões a bens individuais, é consequência lógica.²³⁷

Na mesma toada de necessidade de modernização do direito penal e com amplas e incisivas críticas ao “modelo ultraliberal” que visa a restringir o sistema penal à tutela de bens individuais, encontra-se a posição de LUIS GRACIA MARTIN, que afirma que

²³⁴ SCHÜNEMANN, Bernd. *Del derecho penal de La clase baja al derecho penal de la clase alta: un cambio de paradigma como exigência moral*. Trad. Lourdes Baza. In: SCHÜNEMANN, Bernd. *Temas actuales y permanentes del derecho pernal después del milenio*. Madri: Tecnos, 2002, p.53-55.

²³⁵ SCHÜNEMANN, Bernd. *Del derecho penal de La clase baja al derecho penal de la clase alta: un cambio de paradigma como exigência moral*. Trad. Lourdes Baza. In: SCHÜNEMANN, Bernd. *Temas actuales y permanentes del derecho pernal después del milenio*. Madri: Tecnos, 2002, p.63-66.

²³⁶ SCHÜNEMANN, Bernd. *Del derecho penal de La clase baja al derecho penal de la clase alta: un cambio de paradigma como exigência moral*. Trad. Lourdes Baza. In: SCHÜNEMANN, Bernd. *Temas actuales y permanentes del derecho pernal después del milenio*. Madri: Tecnos, 2002, p.68.

²³⁷ SCHÜNEMANN, Bernd. *Del derecho penal de La clase baja al derecho penal de la clase alta: un cambio de paradigma como exigência moral*. Trad. Lourdes Baza. In: SCHÜNEMANN, Bernd. *Temas actuales y permanentes del derecho pernal después del milenio*. Madri: Tecnos, 2002, p.68-69.

o discurso crítico ou de resistência à modernização do Direito penal deve ser rechaçado com toda a contundência e pelos mais diversos motivos, mas sobretudo porque, a meu ver, é insustentável e inaceitável do ponto de vista histórico-material das exigências éticas e políticas de nosso tempo.²³⁸

A análise do autor é muito relevante no sentido do combate à seletividade do sistema penal. Após profunda análise do “direito penal moderno”²³⁹, em seu sentido formal e material, e de sustentar que a “*totalidade dos princípios, critério políticos-criminais e instrumentos dogmáticos da modernização, são adequados às exigências do Estado de Direito*”²⁴⁰, GRACIA MARTIN conclui de forma bastante radical, no que é criticável, afirmando que

o Direito penal denominado tradicional, ou seja, o Direito penal liberal da Ilustração, deve ser superado do ponto de vista dos conteúdos políticos e de justiça materiais que demandam o momento histórico atual e o do imediato porvir, dado que aquele responde unicamente à proteção dos interesses de uma determinada classe social frente às demais e que isso só pode ser assim em momentos históricos nos quais as classes contra as que se dirigia aquele Direito penal estavam materialmente excluídas da sociedade.²⁴¹

Também afirma, de forma igualmente radical, que

no momento atual e para o imediato porvir é preciso construir um novo Direito penal com base no critério reitor de que seus conteúdos devam ser constituídos

²³⁸ GRACIA MARTIN, Luis. *Prolegômenos para a luta pela modernização do direito penal e para a crítica do discurso de resistência*. Trad. Érica Mendes de Carvalho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005, p.33.

²³⁹ “Em geral, entendo por Direito penal moderno em sentido material o “sistema” de regulamentações jurídico-penais que têm por objeto a criminalização formal, de conformidade com o *sistema de garantias políticas do Estado social e democrático de Direito, do sistema de ação ético-socialmente reprovável das classes sociais poderosas.*” (GRACIA MARTIN, Luis. *Prolegômenos para a luta pela modernização do direito penal e para a crítica do discurso de resistência*. Trad. Érica Mendes de Carvalho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005, p.132).

²⁴⁰ GRACIA MARTIN, Luis. *Prolegômenos para a luta pela modernização do direito penal e para a crítica do discurso de resistência*. Trad. Érica Mendes de Carvalho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005, p.109.

²⁴¹ GRACIA MARTIN, Luis. *Prolegômenos para a luta pela modernização do direito penal e para a crítica do discurso de resistência*. Trad. Érica Mendes de Carvalho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005, p.149.

em sua maior parte pelos comportamentos criminosos da classe poderosa e para a defesa das demais classes sociais frente a semelhante criminalidade.²⁴²

Anota-se que GRACIA MARTIN tem o inegável mérito de estruturar de forma consistente a defesa da expansão do sistema penal, com o fim de atingir condutas gravosas praticadas pela parcela mais privilegiada da sociedade, no que combate a seletividade do sistema penal. No entanto, o autor desconsidera possíveis distorções causadas pela expansão e se pauta em um tanto reducionista viés de “luta de classes”.

O autor ainda, de modo bastante controverso, sustenta que o sistema penal deva ter a maior parte de seu conteúdo constituído por crimes normalmente praticados pela “classe poderosa”, o que é bastante problemático, tendo em vista que os crimes contra bens individuais, *praticados por quem quer que seja*, também são relevantes, possuindo inegável dignidade penal, devendo haver um equilíbrio na pauta criminalizadora do Estado. De fato, se por um lado a criminalidade da classe poderosa, contra bens difusos e coletivos, tende a ser mais gravosa, por outro há um número potencial de autores de crimes contra bens individuais muito maior (tais crimes podem ser praticados por qualquer pessoa), devendo o Estado equilibrar a persecução de ambos os tipos de criminalidade. No entanto, se compartilha com GRACIA MARTIN a necessidade de, ao menos, um maior enfoque na criminalidade da “classe poderosa”, o que não se observa na prática.

Cabe ainda falar da posição de SILVA SÁNCHEZ em face da expansão do sistema penal, que difere tanto de uma visão mais apologética quanto de uma inteira negação. O autor é crítico da expansão, de modo que sua posição se aproxima a de autores que sustentam a contenção do sistema penal, mas a vê como algo inevitável, sustentando que o sistema penal deve encontrar um modo para acomodá-la.

Nesse contexto, sustenta modelo de política criminal original, propugnando um direito penal de “duas velocidades”, sendo a primeira velocidade correspondente ao direito penal tradicional, com amplas garantias e possibilidade de aplicação de pena privativa de liberdade, e a segunda velocidade correspondente ao direito penal com garantias e regras

²⁴² GRACIA MARTIN, Luis. *Prolegômenos para a luta pela modernização do direito penal e para a crítica do discurso de resistência*. Trad. Érica Mendes de Carvalho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005, p.149.

de imputação mais flexíveis, onde não seria aplicável a pena privativa de liberdade.²⁴³ Embora a segunda velocidade seja claramente direcionada aos novos perigos sociais, o autor admite que algumas hipóteses mais gravosas de lesões e perigos a novos interesses e bens jurídicos pode fazer parte da primeira velocidade do direito penal, sendo cabível pena de prisão, mas sendo necessário o rígido respeito às regras de imputação e às garantias do imputado. Ademais, o autor critica que, na prática, se vê uma flexibilização do direito e processo penal tradicional mesmo em hipóteses em que é cabível pena de prisão, o que não seria aceitável.²⁴⁴

O sistema político criminal de SILVA SÁNCHEZ, embora não isento de objeções, não pode ser submetido às mesmas críticas das teorias que sustentam a contenção do direito penal face à sua expansão, porque mantêm na esfera penal condutas contra bens difusos, não sendo, ao menos em uma primeira análise, tão potencializador da seletividade do sistema penal quanto os mencionados sistemas que visam apenas à contenção da expansão do sistema penal. A preocupação do autor de vincular, em direta relação, “as garantias que incorpora um determinado sistema de imputação e a gravidade das sanções que resultam de sua aplicação”²⁴⁵, parece ser incontestável. Com relação à crítica de que vivenciamos um flexibilização do sistema penal mesmo em hipóteses em que é cabível a pena de prisão, que criminalizaria condutas praticadas por pessoas pertencentes às parcelas mais privilegiadas da sociedade, todavia, ao menos no Brasil, não tem se refletido nas estatísticas já mencionadas²⁴⁶, que apontam a quase inexistência de pessoas presas por crimes de “colarinho branco”.

Concluindo, nota-se que a posição a favor da contenção em face da expansão do sistema penal, nos termos normalmente sustentados de restringir o sistema penal ao seu “núcleo clássico”, peca por deixar de fora do sistema penal condutas que são muitas vezes mais graves do que aquelas tradicionalmente criminalizadas ao longo da história e, com isso, alimentar a seletividade do sistema penal, já que tal posição, na prática, se opõe à

²⁴³ O autor ainda analisa uma “terceira velocidade”, que seria o direito penal do inimigo. Cf. SILVA SANCHES, Jesus Maria. *A expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: RT, 2002, p.148-151.

²⁴⁴ SILVA SANCHES, Jesus Maria. *A expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: RT, 2002, p.136-147.

²⁴⁵ SILVA SANCHES, Jesus Maria. *A expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: RT, 2002, p.137.

²⁴⁶ Cf. tópico 1.4. supra.

criminalização de condutas gravosas praticadas pelos detentores do poder político e econômico.

2.4. Lei e ordem, “janelas quebradas” e tolerância zero

O movimento político criminal da lei e ordem trata-se de postura que se contrapõe aos posicionamentos criminológicos e políticos criminais então em voga nas décadas de 1970 e 1980, que seriam considerados brandos no trato com a delinquência. Conforme explica GABRIEL IGNACIO ANITUA, para os defensores dessa política criminal,

era necessário abandonar as grandes teorizações e voltar ao básico, ao que as pessoas comuns entendem como bem e mal. Passou-se a chamar esse pensamento intencionalmente “básico” como “criminologia da vida cotidiana”. Seus autores se centrariam, sobretudo, na prevenção do delito, que segundo eles teria a ver com a escolha racional, com as rotinas cotidianas e com as oportunidades situacionais. Dessa forma, seriam mescladas ideias razoáveis com outras totalmente extravagantes, para dar sustentação a uma criminologia da intolerância.²⁴⁷

Segundo JOÃO MARCELO ARAÚJO JÚNIOR, os autores alinhados à política criminal em questão alegam que

os espetaculares atentados terroristas, o gangsterismo e a violência urbana somente poderão ser controlados através de leis severas, que imponham a pena de morte e longas penas privativas de liberdade. Estes seriam os únicos meios eficazes para intimidar e neutralizar os criminosos e, além disso, capazes de fazer justiça às vítimas e aos *homens de bem*, ou seja, aos que não delinquem.²⁴⁸

O precursor desse corrente de pensamento é JAMES Q. WILSON²⁴⁹, autor ligado ao conservadorismo norte americano, que em diversos trabalhos sustentou políticas repressivas, dentre elas, objetivou desacreditar as causas sociais do crime, relativizou a

²⁴⁷ ANITUA, Gabriel Ignacio. *Histórias dos pensamentos criminológicos*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p.779-780.

²⁴⁸ ARAÚJO JÚNIOR, João Marcelo. *Os grandes movimentos de política criminal de nosso tempo*. In: ARAÚJO JÚNIOR, João Marcelo (org.). *Sistema penal para o terceiro milênio: atos do colóquio Marc Ancel*. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p.71.

²⁴⁹ Cf. WILSON, James Q. *Talking about crime*. Basic Books: New York, 2013 (a edição original é de 1975).

gravidade da criminalidade do “colarinho branco” (que não afrontaria a sociedade da mesma forma que os “crimes de rua”, sobretudo os violentos²⁵⁰) e incentivou a função de inocuidade/incapacitação da pena, o que justificava a existência de longas sentenças de prisão. Explana GABRIEL IGNACIO ANITUA:

Para WILSON, os indicadores delitivos nos Estados Unidos haviam subido porque haviam baixado as possibilidades de o indivíduo ser detido, condenado e principalmente de ser severamente castigado. Argumentava que as considerações dissuasórias deviam ajustar o nível de imposição de penas e que os delinquentes perigosos ou reincidentes deviam ser sujeitos a penalidades mais severas, incapacitadoras e, em alguns casos, à própria morte.²⁵¹

JAMES Q. WILSON também publicou, em 1981, junto com GEORGE L. KELLING o artigo *Broken Windows: The police and neighborhood safety*²⁵², no qual defendem o caráter criminógeno de se deixar impunes pequenas incivilidades, como mendicância e algazarra, porque isso transmitiria aos cidadãos uma sensação de insegurança e daria ensejo à prática de delitos mais sérios. As “janelas quebradas” do título são uma metáfora, trabalhada da seguinte forma: se um edifício tem uma janela quebrada que não é consertada, logo outras janelas serão quebradas; se um edifício tem janelas quebradas, logo os demais edifícios passarão a ter janelas quebradas, pois transmitirá a ideia de que ninguém se importa com a comunidade, dando azo para que o espaço público seja abandonado pelos “verdadeiros cidadãos”, ou seja, os respeitadores das leis.

Sustentando os méritos do policiamento a pé em face do policiamento motorizado, os autores sustentam que a polícia deveria se aproximar da comunidade, pois isso gera uma maior sensação de segurança, o que não é desarrazoado. No entanto, a aproximação da comunidade, para os autores, deveria focar em “combater condutas tidas como desordenadas e anti-sociais, como a vagabundagem, a mendicância, a prostituição etc., pois elas seriam a “janela quebrada” que logo daria lugar às condutas mais graves.”²⁵³

²⁵⁰ WILSON, James Q. *Talking about crime*. Basic Books: New York, 2013, p.xxiii-xxiv.

²⁵¹ ANITUA, Gabriel Ignacio. *Histórias dos pensamentos criminológicos*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p.780.

²⁵² Cf. WILSON, James Q; KELLING, George L. *Broken Windows: The police and neighborhood safety*. In: https://www.manhattan-institute.org/pdf/_atlantic_monthly-broken_windows.pdf, consulta em 09/07/2018.

²⁵³ ANITUA, Gabriel Ignacio. *Histórias dos pensamentos criminológicos*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p.784.

O artigo descreve de forma ponderada a situação de aumento da criminalidade em bairros abandonados, devido à falta de controle social informal. No entanto, de forma parcamente fundamentada sustenta que, à míngua de controle informal, deve ser implementado um controle social formal severíssimo, controlando qualquer incivilidade, mesmo que não configurasse, claramente, um delito.²⁵⁴

A lógica das “janelas quebradas” viria a ser a base da famosa política ultraconservadora da tolerância zero, colocada em prática na cidade de Nova York a partir de 1994. Segundo expõe MIGUEL REALE JÚNIOR,

a tolerância zero constitui a tática policial de realizar busca e perseguições aos inconvenientes sociais, vadios, ébrios, desordeiros, no pressuposto de que a não condescendência com infrações menores, sem vítimas, é o melhor caminho para o combate à criminalidade, pois nestes ambientes frequentados pelos indisciplinados sociais vicejaria a prática delituosa.²⁵⁵

A tolerância zero trata-se de política bastante repressiva, que fortalece a polícia e sustenta a “guerra ao crime” e a intolerância com os menores desvios, tais como mendicância. Houve aumento do número de prisões, assim como o aumento de queixas de abuso de policiais, mas o resultado almejado de aumento da sensação de segurança das pessoas teria sido alcançado.²⁵⁶

O modelo da tolerância zero veio a ser estudado e replicado em diversos lugares dos Estados Unidos e do mundo, tendo se tornado inspiração para diversos movimentos políticos ultraconservadores e também pretensamente progressistas, devido ao seu forte apelo popular e, portanto, eleitoral. Dessa forma, a lógica seguida pelo movimento político criminal da lei e ordem, desenvolvida pelo conceito das “janelas quebradas” e colocado em prática pela política da tolerância zero, vem a ser o arquétipo ultraconservador da política criminal, tornando o solo fértil para vicejar políticas criminais

²⁵⁴ Crítica semelhante em ANITUA, Gabriel Ignacio. *Histórias dos pensamentos criminológicos*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p.785.

²⁵⁵ REALE JÚNIOR, Miguel. *Insegurança e tolerância zero*. In: Boletim IBCCRIM. São Paulo, v.10, n.119 Esp., out. 2002, p.9.

²⁵⁶ ANITUA, Gabriel Ignacio. *Histórias dos pensamentos criminológicos*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p.786.

cada vez mais rigorosas e desvinculadas da dogmática penal e dos avanços da criminologia, sendo o exemplo mais claro disso a política criminal atuarial.²⁵⁷

Segundo expõe ALBERTO SILVA FRANCO, a corrente político-criminal da lei e ordem

encontrou suporte e força expansiva em face de alguns fatos detectados nas décadas de setenta e oitenta do século passado: a) no incremento da criminalidade violenta direcionada a segmentos sociais mais privilegiados e que até então estavam indenes a ataques mais agressivos (sequestros de pessoas abonadas ou de alto estrato político ou social, roubos a estabelecimentos bancários etc.); b) no terrorismo político e até mesmo no terrorismo imotivado, de facções vinculadas tanto à esquerda, como à extrema direita, do espectro ideológico; c) no crescimento do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins; d) no avanço do crime organizado pondo à mostra a corrupção e a impunidade; e) no incremento da criminalidade de massa (roubos, furtos etc.) que atormenta o cidadão comum; f) na percepção do fenômeno da violência como dado integrante, onipresente na sociedade; g) no conceito reducionista de violência, fazendo-o coincidir com o de criminalidade; h) na criação pelos meios de comunicação social de um sentimento coletivo e individual de insegurança e no emprego desses mesmos meios para efeito de dramatização da violência e para seu uso político.²⁵⁸

Sustenta a posição de política criminal sob análise a criação de novos tipos penais para criminalizar, de forma severa, condutas desviadas até então tidas como pouco significantes (p. ex. mendicância, pichações, vadiagem), o aumento da pena de crimes já existentes (inclusive sustentando a prisão perpétua e a pena de morte), o recrudescimento da execução penal, tanto administrativo (p. ex. prisões de segurança máxima) quanto jurídico (p. ex. dificultando ou impossibilitando benefícios como o livramento condicional), o aumento da atuação policial em determinadas regiões e em face de determinadas parcelas da sociedade consideradas potencialmente criminas, assim como uma maior tolerância a eventuais “excessos” dos policiais no “combate ao crime”, o aumento de hipóteses de medidas cautelares, sobretudo prisões, já que a resposta estatal

²⁵⁷ Cf. tópico 2.5. infra.

²⁵⁸ FRANCO, Alberto Silva. *Crimes Hediondos*. 6ª ed. São Paulo: RT, 2007, p.81-84 (com amplas notas de rodapé explicativas).

deveria ser “rápida e eficiente”, e a diminuição de garantias processuais penais, que seriam um empecilho à “rápida e eficiente” persecução penal.

O movimento da lei e ordem conta, em geral, com amplo respaldo popular. Isso se dá por motivos diversos, quais sejam, por conta do seu caráter simplista, imediatista e maniqueísta, de fácil intelecção para pessoas que não querem “perder tempo” para refletir sobre as causas múltiplas da criminalidade; por ir ao encontro do senso comum, alimentado por formadores de opinião despreparados, políticos demagogos e por programas midiáticos policialescos; e por causa do real sentimento de insegurança da sociedade e do justificado sentimento de impunidade em face de condutas graves, que são manipulados diante da falta de atitudes concretas progressistas para lidar com tais problemas.

Seria inviável, no presente espaço, descrever todas as inconsistências da teoria da lei e ordem, e das análises decorrentes da teoria das “janelas quebradas” e da política da tolerância zero, podendo ser destacado, sem pretensão de completude: o caráter abertamente diferenciador e, portanto, desigualitário das abordagens, que dividem a sociedade entre “criminosos” e cidadãos de bem”; o desrespeito aos princípios constitucionais da lesividade e da proporcionalidade ao se sustentar a punição severa de condutas pouco significativas ou mesmo insignificantes²⁵⁹; o desrespeito à humanidade das penas, ao dar ensejo a punições desumanas, como a pena de morte e a prisão perpétua; o desrespeito às garantias processuais historicamente e a duras penas conquistadas pela humanidade; o desrespeito ao princípio da presunção de inocência ao sustentar que a prisão processual seria a regra do sistema; a permissividade a eventuais crimes praticados por agentes de segurança, que não podem ser eufemisticamente chamados de “desvios”; e mesmo a falta de comprovação da efetividade na diminuição da “criminalidade de rua”, sobretudo em comparação com outras medidas de política criminal.²⁶⁰

²⁵⁹ Sobre a criminalização excessiva de condutas na realidade norte americana, onde o movimento lei e ordem, assim como outros movimentos rigoristas, como a política criminal atuarial, encontra ampla disseminação, cf. HUSAK, Douglas. *Sobrecriminalización: Los limites del Derecho penal*. Trad. Rocío Lorca Ferreccio. Madri: Marcial Pons, 2013, *passim*.

²⁶⁰ Nesse sentido, ao analisar a situação do programa de tolerância zero aplicado na cidade de Nova York pelo prefeito Rudolph Giuliani, afinado, como visto, ao movimento de lei e ordem, SÉRGIO SALOMÃO SHECAIRA esclarece: “Giuliani começou, com grande alarde, a divulgar a queda das taxas de criminalidade.” “Ele omite, no entanto, alguns dados importantes, como a queda acentuada do desemprego nesse período, em face de uma forte recuperação econômica; a estabilização e exaustão do mercado de crack; a diminuição do número de jovens, que normalmente constituem a maioria dos delinquentes.” “Também omitiu que outras grandes cidades tiveram substancial queda da criminalidade no mesmo período, mesmo sem qualquer medida

Seguindo a abordagem do presente trabalho, cabe destacar como essa perspectiva incentiva a seletividade do sistema penal. De fato, se nos tópicos anteriores (2.2. e 2.3.) analisamos posições que alimentam de forma mais ou menos sutil a seletividade do sistema penal, no presente e no próximo tópico (2.5.) estudamos posições que, de forma mais clara, aumentam a seletividade do sistema penal.

Pois bem, o movimento da lei e ordem possui, como visto, uma visão maniqueísta, que divide a sociedade entre “cidadãos de bem” e “criminosos”. No entanto, principalmente na sua vertente de tolerância zero, ao focar o poder punitivo nas condutas “antissociais”, geralmente praticadas pelos “párias sociais”, o sistema penal passa a classificar como criminosos, justamente, as pessoas cuja vulnerabilidade é mais evidente, muitas vezes integrantes de grupos étnicos que já sofrem histórica discriminação.

Nesse sentido, bem resume MIGUEL REALE JÚNIOR:

O exemplo do que ocorre nos Estados Unidos é bastante significativo, pois, ao lado da redução dos gastos em programas sociais, a ação policial intolerante levou mais de seis milhões de americanos, em geral negros ou "chicanos", a estarem submetidos ao sistema criminal, com mais de dois milhões de presos, a maioria negros, apesar de constituírem percentual pequeno da população norte-americana. WACQUANT mostra que considerando-se os presos, e os submetidos à *probation* e à *parole*, mais de um jovem negro sobre três encontram-se nas mãos da justiça criminal nos Estados Unidos, que apresentam avassalador crescimento da massa carcerária, correspondente a 1% de toda a população da América, na sua maioria detidos por crimes sem vítimas, como porte de entorpecentes.

assemelhada à Tolerância Zero.” “Também omitiu que a criminalidade já havia caído 20% antes da aplicação da política, porquanto o pico da criminalidade já havia atingido o auge em 1990, já sendo decrescente três anos antes da política exacerbadora de Tolerância Zero.” “Enquanto Nova York propalava “recorde” de quedas das taxas de criminalidade, da ordem de 70,6% entre os anos de 1991 e 1998, San Diego, implementando uma política de policiamento comunitário, teve queda de 76,4% na taxa de homicídios, no mesmo período.” “Boston obteve índices assemelhados aos de Nova York, 69,3%, com uma política de envolvimento de líderes religiosos na prevenção de crimes.” “Outras cidades, sem qualquer política coerente pré-determinada, obtiveram índices grandes de redução. Destaque para os 61,3% de Houston e os 59,3% de Los Angeles.”(SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Tolerância zero*. In: Revista internacional de direito e cidadania, Erechim, v. 2, n. 5, out. 2009, p.168). Afirmando que “é quase impossível provar com os habituais métodos correlacionais que a tática das Janelas Quebradas funciona porque as cidades que implementaram essa política também contrataram muitos policiais ao mesmo tempo”, cf. PINKER, Steven. *Os anjos bons da nossa natureza: porque a violência diminuiu*. Trad. Bernardo Joffily e Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2017, p.187. Ressalva-se que PINKER faz menção a experimento na Holanda que supostamente apontaria o caráter criminógeno da desorganização do espaço urbano, publicado por KEIZER, LINDENBERG e STEG, na revista Science, nº322, de 2008, bem denotando a controvérsia existente sobre o tema da efetividade das políticas de tolerância zero.

Pela teoria da "janela quebrada" deve-se lutar contra a grande criminalidade por meio da "repressão severa e da perseguição à pequena delinquência", sendo inimigos os sem-teto, os pequenos revendedores de droga, os mendigos, os vagabundos, os grafiteiros, "o subproletariado que vive do mercado informal", cuja conduta é um acinte à qualidade de vida da sociedade estabelecida e responsável. Em vez de policiamento comunitário e da solução de problemas pela polícia, repressão; em vez de serviços sociais, como anota WACQUANT, que tiveram seus orçamentos e pessoal em Nova York extremamente reduzidos, elevação significativa dos gastos policiais. Assim, grande parte das detenções efetuadas tiveram motivos raciais, conforme levantamento de procuradores federais, bem como as "revistas" realizadas por policiais não uniformizados davam-se por mera suspeita, em vista do comportamento ou da vestimenta. A criminalização das formas de ser, a perseguição policial pelo "jeitão" prevaleceram, e muitas prisões vieram a ser revogadas, mas, no entanto, a discriminação já operara seus efeitos de etiquetagem e de distanciamento social, tendo-se "criado um abismo entre a comunidade afro-americana e as forças da ordem".²⁶¹

Dessa forma, se destaca o caráter classista e racista da *lei e ordem* e da *tolerância zero*, que se focam na "criminalidade de rua", com especial destaque à persecução de crimes de menor gravidade e elevada punição aos "delitos de rua" em geral, sobrecriminalizando parcelas já vulnerabilizadas da população. Conforme assevera JOCK YONG, de forma contundente, a tolerância zero é

uma manobra que objetiva limpar as ruas de "destroços humanos"; como parte do processo de exclusão concomitante à emergência de uma sociedade com grande população marginalizada e empobrecida, a qual deve ser dominada e contida - um processamento atuarial que se preocupa mais com o saneamento do que com a justiça.²⁶²

Frisa-se, a *lei e ordem* relativiza a gravidade de crimes contra bens difusos, sobretudo os crimes de "colarinho branco", em face dos quais nenhum autor cogita uma postura de "tolerância zero", o que é extramente seletivo, pelos motivos já repisados ao longo do presente trabalho. De fato, o recrudescimento penal intolerante se volta contra o

²⁶¹ REALE JÚNIOR, Miguel. *Insegurança e tolerância zero*. In: Boletim IBCCRIM. São Paulo, v.10, n.119 Esp., out. 2002, p.10.

²⁶² YOUNG, Jock. *A sociedade excludente: Exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente*. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p.199-200.

“outro”, autor de “crimes de rua”, não sendo destinado a figuras “respeitáveis”, como os detentores do poder político e econômico.

A situação de seletividade se agrava quando nos deparamos com a “guerra às drogas”, decorrência das posturas ultraconservadoras decorrentes da lei e ordem, onde há severo recrudescimento da lei penal nas hipóteses de crimes relacionados a drogas. Sem aprofundar no tema, é possível constatar a criminalização desproporcionalmente maior de minorias étnicas no cenário norte americano, o que demonstra, novamente, a seletividade advinda de políticas inspiradas pelo movimento lei e ordem.²⁶³

Outra política decorrente do movimento da lei e ordem é aquela que sustenta as chamadas *three strikes laws* norte americanas, segundo as quais a prática pela terceira vez de algum delito (grave ou não, a depender do conteúdo da lei em cada Estado), implica penas severíssimas de prisão, de vinte cinco anos a perpétua.²⁶⁴ Tendo em vista a seletividade do sistema penal e a maior facilidade com que alguém socialmente vulnerável venha a ser criminalizado, tendo em vista ainda o alto grau de discricionariedade encontrado no sistema norte americano para configuração do que seria um *strike*, bastante concentrado na acusação, verifica-se que, a par de violar de forma extrema o princípio da proporcionalidade entre fato e pena²⁶⁵, as leis em questão acabam incentivando, de forma clara, o recrudescimento das penas em relação a determinadas pessoas, realimentando a engrenagem seletiva do sistema penal.²⁶⁶

Ademais, se verifica que o avanço da lei e ordem é concomitante ao recuo do Estado de Bem Estar Social, sendo clara a sincronia e a ligação entre uma coisa e outra, e bem fundamentada a tese de que a criminalização em massa de parcelas vulneráveis da

²⁶³ Sobre a sobrecriminalização da população negra norte americana, cf. ALEXANDER, Michelle. *The New Jim Crow: Mass Incarceration in the Age of Colorblindness*. New York: The New Press, 2012.

²⁶⁴ Sobre o tema, cf. SANTORO, Luciano de Freitas. *Three strikes law*. In: GRECO, Alessandra Orcesi Pedro (org.). *Direito Penal Avançado: Homenagem ao Professor Dirceu de Mello*. Curitiba: Juruá, 2015, p.185-213.

²⁶⁵ Todavia, as leis não foram consideradas inconstitucionais pela Suprema Corte norte americana. Cf. SANTORO, Luciano de Freitas. *Three strikes law*. In: GRECO, Alessandra Orcesi Pedro (org.). *Direito Penal Avançado: Homenagem ao Professor Dirceu de Mello*. Curitiba: Juruá, 2015, p.200-206.

²⁶⁶ Sobre a seletividade no âmbito da “three strikes law” californiana, cf. OSNA, Gustavo. *Three strikes and you are out - Encarceramento, seletividade e exclusão à luz da sistemática californiana*. Monografia de fim de curso: Universidade Federal do Paraná, 2009, p.48 e ss. In: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/47541/m1138%20pronto.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, consulta em 09/07/2017.

população seria a forma que o Estado atual, em países desenvolvidos, encontra para gerir a miséria, conforme sustenta LOÏC WACQUANT.²⁶⁷ Havendo uma substituição do Estado de Bem Estar Social pelo Estado Penal, se escancara a seletividade do poder punitivo, voltado e conformado ao controle das “classes perigosas.”

Ressalva-se, por necessário, que não é qualquer proposta de recrudescimento da lei penal ou processual penal que pode ser, genericamente, taxada de partidária do movimento da “lei e ordem”. É plenamente possível sustentar que, em determinadas áreas, o poder punitivo está demasiado brando, assim como em outras áreas está demasiado severo, cabendo aos juristas e criminólogos propor medidas cientificamente fundadas para a atuação mais justa possível do sistema penal.

Nesse contexto, não é possível estigmatizar qualquer proposta de recrudescimento sob o signo de movimentos de política criminal com os quais, muitas vezes, o autor da proposta não tem qualquer simpatia. Assim, em que pese seja característica do movimento político criminal sob estudo o recrudescimento do sistema penal para a “criminalidade de rua”, nem toda medida que proponha o recrudescimento do sistema penal necessariamente estará de acordo com os postulados do movimento da lei e ordem.

Em suma, o movimento da lei e ordem e suas políticas correlatas (janelas quebradas e tolerância zero), além de ostentarem posturas inconstitucionais, eticamente insustentáveis e de duvidosa efetividade prática, aumentam a seletividade do sistema penal em patamar elevadíssimo, não se sustentando nem no plano da dogmática jurídica, nem no plano criminológico.

2.5. Política criminal atuarial

A política criminal atuarial configura movimento surgido nos Estados Unidos que visa ao tratamento da questão criminal sob a ótica exclusivamente gerencial, buscando identificar e neutralizar parcelas da sociedade de onde adviria o “risco” da prática de

²⁶⁷ Cf. WACQUANT, Loïc, *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos [a onda punitiva]*. 3ª ed. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007, *passim*.

crimes. Conforme afirma MAURÍCIO STEGMANN DIETER²⁶⁸, em trabalho específico sobre o tema, política criminal atuarial pode ser definida como o

uso preferencial da *lógica atuarial* na fundamentação teórica e prática dos processos de *criminalização secundária* para fins de controle de grupos sociais considerados de *alto risco* ou *perigosos* mediante *incapacitação seletiva* de seus membros. O objetivo do novo modelo é gerenciar grupos, não punir indivíduos: sua finalidade não é combater o crime - embora saiba se valer dos rótulos *populistas*, quando necessário, mas *identificar*, *classificar* e *administrar* segmentos sociais indesejáveis na ordem social da maneira mais fluida possível.²⁶⁹

A terminologia atuarial é devida ao fato que tal política se vale de procedimentos e lógicas próprias das empresas de seguro, assim como de seu instrumental teórico, visando à quantificação/monetização do risco, com o fim de gerir o perigo decorrente de determinada situação.²⁷⁰ Trata-se de movimento tecnocrático particularmente desumano, que procura afastar qualquer prurido ético do sistema penal, que deve ser reduzido a um sistema de gerenciamento de riscos da ocorrência de condutas criminosas, sem se atentar aos “empecilhos” da dogmática jurídica e da criminologia, tanto de raiz liberal, quanto crítica.

Por se tratar de movimento de política criminal particularmente conservador e com efeitos exponenciais no aumento do poder punitivo, é possível confundi-lo com a política criminal da lei e ordem, já estudada. Todavia, embora ambas as posturas de política criminal muitas vezes trabalhem juntas e se retroalimentem, a lógica da política criminal atuarial se baseia em um (pseudo) racional “gerencialismo” da questão criminal, que visa à “gestão do risco do crime”, enquanto a lei e ordem se baseia em um inflamado “populismo penal”, que cunho mais emocional.²⁷¹

²⁶⁸ Cf. DIETER, Maurício Stegemann. *Política Criminal Atuarial: a criminologia do fim da história*. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

²⁶⁹ DIETER, Maurício Stegemann. *Política Criminal Atuarial: a criminologia do fim da história*. Rio de Janeiro: Revan, 2013, p.20.

²⁷⁰ DE GIORGI, Alessandro. *A miséria governada através do sistema penal*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p.93 (nota 102).

²⁷¹ A exposição sobre as três tendências atuais de política criminal contemporânea, (populismo, justiça global e gerencialismo), com referência a SEBASTIAN SCHEERER (*Three Trends into the New Millenium*, p.243-248), está em DIETER, Maurício Stegemann. *Política Criminal Atuarial: a criminologia do fim da história*. Rio de Janeiro: Revan, 2013, p.19 e nota 16.

Segundo a lógica da política criminal atuarial devem ser calculados os riscos que determinada pessoa submetida ao sistema penal terá de reincidir. Tal risco é calculado com base em dados de pessoas já criminalizadas, que passaram pelo sistema penal, o que já é o primeiro defeito fundamental dessa teoria, pois se baseia em dados viciados pela seletividade do sistema penal, desconsiderando a existência da cifra negra e se submetendo às mesmas críticas aplicáveis à teoria lombrosiana, de confundir as pessoas criminalizadas com o total de criminosos da sociedade.²⁷²

Com base nos dados já viciados, o sistema atuarial calcula a chance de alguém pertencente a determinado grupo vir a reincidir e, com base nisso, propõe a *incapacitação seletiva* do membro desse grupo.²⁷³ Frise-se, mais do que a gravidade da conduta, é levado em consideração o “perfil de risco” para fixar a pena, em claro direito penal do autor. São usados parâmetros como idade, sexo, grupo étnico, uso de drogas lícitas e ilícitas, reincidência, idade com que se envolveu inicialmente com a justiça criminal, dentre outros, para verificar o quão arriscada é a soltura de uma pessoa, determinando-se, por ocasião da condenação, a custódia por longo tempo, quando não para sempre, de pessoas com “perfil de risco” elevado. Da mesma forma, são usados tais parâmetros na análise da possibilidade de algum acusado responder ao processo em liberdade, com ou sem fiança.

A lógica atuarial ainda é usada para delimitar o controle policial de determinados “grupos de risco”, para guiar Promotores de Justiça em suas acusações e para definir a concessão ou não de benefícios prisionais.²⁷⁴ Aliás, a origem da lógica atuarial no sistema penal surge, justamente, da necessidade de subsidiar as juntas de livramento condicional norte americanas (*parole boards*).²⁷⁵

²⁷² Isso foi objeto de críticas por diversos autores, sobretudo por VON HIRSCH, cf. ANITUA, Gabriel Ignacio. *Histórias dos pensamentos criminológicos*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p.821.

²⁷³ “Surgiria, assim, a maior expressão atual da cultura punitiva tecnocrática e administrativa: a teoria da “incapacitação seletiva”. Essa teoria, juntamente com o cálculo probabilístico e a distribuição estatística, propõe que a extensão da sentença não dependa da natureza da ofensa ou da avaliação do caráter passado e presente do “delinquente”, mas sim de perfis de risco especiais, com os quais não é de se estranhar que se utilizem de técnicas idênticas às usadas por companhias de seguros e suas maximizações de eficácia.” (ANITUA, Gabriel Ignacio. *Histórias dos pensamentos criminológicos*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p.820).

²⁷⁴ Cf. DIETER, Maurício Stegemann. *Política Criminal Atuarial: a criminologia do fim da história*. Rio de Janeiro: Revan, 2013, p.120-158.

²⁷⁵ Cf. DIETER, Maurício Stegemann. *Política Criminal Atuarial: a criminologia do fim da história*. Rio de Janeiro: Revan, 2013, p.51-69.

Nota-se que a incapacitação seletiva seria uma resposta à crise do ideal ressocializador da pena, sustentando que se a pena não consegue ressocializar, deve apenas neutralizar os autores de crimes.²⁷⁶ Para que incapacitação seja “eficiente”, a política criminal atuarial se vale do recrudescimento do sistema penal norte americano, produto do populismo penal do movimento da lei e ordem, e da lógica de que se poderia identificar e neutralizar as pessoas “perigosas” e “incorrigíveis”, inclusive desde tenra idade.²⁷⁷

A partir dessas “pessoas perigosas”, era possível ajustar o foco do sistema penal para o perfil das “classes perigosas”, cujos integrantes seriam responsáveis por fatia desproporcional dos crimes ocorridos.²⁷⁸ A lógica atuarial se vende, então, como panaceia dos problemas com a criminalidade, já que sustenta ser possível diminuir o crime, incapacitando os autores “perigosos”, e reduzir a população carcerária, pois só ficaria preso quem causasse risco elevado, o que se mostrou especialmente falacioso, diante da explosão da população carcerária ocorrida nos Estados Unidos desde a sua implantação.

Pois bem, é possível criticar a lógica atuarial com base em argumentos jurídicos de índole constitucional, como o evidente desrespeito aos princípios da legalidade, da lesividade, proporcionalidade, humanidade das penas, devido processo legal e culpabilidade.²⁷⁹ GABRIEL SILVEIRA DE QUEIRÓS CAMPOS e LAURA FRITSCH destacam a injustiça da política criminal atuarial:

Em última análise, a incapacitação leva à punição desproporcional de indivíduos por delitos ainda não cometidos na esperança ilusória de prevenir danos futuros. Isto não só sacrifica a liberdade individual, mas, no caso da incapacitação seletiva, o faz com base no pertencimento do indivíduo a um grupo ou estrato

²⁷⁶ “No novo enfoque, as finalidades principais atribuídas ao sistema não serão mais castigar nem ressocializar indivíduos, mas sim identificar, classificar, ordenar e gerenciar grupos perigosos de modo eficiente.” (ANITUA, Gabriel Ignacio. *Histórias dos pensamentos criminológicos*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p.815).

²⁷⁷ Cf. DIETER, Maurício Stegemann. *Política Criminal Atuarial: a criminologia do fim da história*. Rio de Janeiro: Revan, 2013, p.97-108.

²⁷⁸ Cf. DIETER, Maurício Stegemann. *Política Criminal Atuarial: a criminologia do fim da história*. Rio de Janeiro: Revan, 2013, p.108-117.

²⁷⁹ Cf. DIETER, Maurício Stegemann. *Política Criminal Atuarial: a criminologia do fim da história*. Rio de Janeiro: Revan, 2013, p.197-210.

social ao qual uma pontuação probabilística está ligada (grupos considerados de alto risco).²⁸⁰

Também é possível criticar tal política criminal com base na sua ineficiência com relação ao fim que se propõe, suas contradições internas, elevado nível de erros (“falsos positivos” e “falsos negativos” do “diagnóstico de risco”) e efeitos concretos, como o encarceramento em massa norte americano que, além do drama humano, gera excessivos gastos ao Estado.²⁸¹

Todavia, tendo em vista o objeto do presente trabalho, deve ser destacado o seu abissal caráter de potencialização da seletividade do sistema penal. Mais do que isso, *a política criminal atuarial se baseia na seletividade e a normaliza*, de forma a direcionar o sistema penal às “classes perigosas”, potencializando o sistema penal a arripio do direito penal do fato, e sustentando, com ares de neutralidade, o mais abjeto preconceito de classe, de origem e mesmo racial.

A grande questão para verificarmos isso é respondermos à seguinte indagação: a política criminal atuarial objetiva a incapacitação seletiva de quem? Quem são os “perigosos”? Obviamente, as “classes perigosas” a que se refere a política criminal atuarial não são aquelas que habitam os bairros mais ricos das cidades, e sim é composta por aqueles que se encontram em situação de vulnerabilidade social, muitos pertencentes a minorias étnicas super-representadas no sistema prisional. Basta verificar que, dentre os dados considerados de risco pelas diversas “tabelas de risco”, estão ser integrante minoria étnica, o fato de ter sido criado por mãe solteira, ser desempregado, dentre outros, frequentemente encontrados em meio a pessoas economicamente pobres. Mesmo a reincidência, sempre considerada como fator relevante de risco e supostamente mais objetiva, é tendenciosa, na medida em que o envolvimento com a Justiça Criminal, tendo em vista a seletividade do sistema penal, é influenciado por fatores diversos da gravidade da conduta, de modo que pessoas que são mais vulneráveis à seleção do sistema penal (geralmente integrantes de camadas sociais mais vulneráveis) também serão considerados

²⁸⁰ CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós; FRITSCH, Laura. *Justificando e reestruturando o aumento da pena base decorrente do passado criminoso*. In: BEDÊ JÚNIOR, Américo; CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós (coords.). *Sentença criminal e aplicação da pena: ensaios sobre discricionariedade, individualização e proporcionalidade*. Salvador: Juspodivm, 2017, p.283.

²⁸¹ Cf. DIETER, Maurício Stegemann. *Política Criminal Atuarial: a criminologia do fim da história*. Rio de Janeiro: Revan, 2013, p.210-224.

aqueles que possuem mais risco de reincidir, sendo considerados mais “perigosos”, em um círculo que se auto-alimenta.

A política criminal atuarial simplesmente ignora a criminalidade dos poderosos, sendo direcionada de forma confessa à “criminalidade de rua” e violenta. Não há tabelas atuariais para analisar as chances de um criminoso de “colarinho branco” venha a reincidir. Na verdade, a política criminal atuarial se direciona claramente contra a “criminalidade dos outros”, praticadas por pessoas “inferiores”, não sendo possível, segundo sua lógica classista, colocar no mesmo patamar de “criminosos perigosos” pessoas que fogem por completo do estereótipo de criminoso, como autores de crimes econômicos e ambientais.

Nota-se que uma questão que a política criminal atuarial alegava resolver seria a diminuição da subjetividade dos operadores do sistema, dizendo que o sistema seria, além de mais eficiente, mais igualitário.²⁸² Na verdade, *o sistema atuarial troca um sistema no qual os operadores podem ter viés, por um sistema objetivamente enviesado, baseado em dados tendenciosos de pessoas já criminalizadas.*

Conforme afirma NILO BATISTA:

estabelecer a quantidade de sofrimento punitivo a ser ministrado ao condenado a partir de fatores de risco” estatisticamente prováveis exprime sem dúvida a mais cabal negação do direito penal do fato e da culpabilidade. A pena é dimensionada em nome não de algo que condenado *fez* nem mesmo - o que já seria monstruoso - de algo que ele *é*, e sim em nome de algo que *talvez ele venha a fazer*. Finalmente o estereótipo criminal, que rege na subcultura policial a seletividade da criminalização primária, ganha vestes metodologicamente requintadas e, insatisfeito por atuar apenas no *input* do sistema penal, vai reinar também na saída.²⁸³

Em suma, a política criminal atuarial é o exemplo mais acabado do modo que a seletividade pode vir a deformar o sistema penal, até a sua mais completa deslegitimação, sendo um exemplo do que não deve ser feito em um sistema penal democrático.

²⁸² Cf. DIETER, Maurício Stegemann. *Política Criminal Atuarial: a criminologia do fim da história*. Rio de Janeiro: Revan, 2013, p.148.

²⁸³ BATISTA, Nilo. *Prefácio*. In: DIETER, Maurício Stegemann. *Política Criminal Atuarial: a criminologia do fim da história*. Rio de Janeiro: Revan, 2013, p.11.

Não se vislumbra na realidade brasileira, ao menos no presente momento, influência relevante da política criminal atuarial.²⁸⁴ Por outro lado, não é de se menosprezar eventual influência futura significativa, nos moldes que ocorreu com o movimento lei e ordem que, em que pese não tenha se transplantado de forma integral de outros países ao Brasil, serviu de fonte de inspiração para contestáveis políticas de cunho repressivo.

²⁸⁴ Porém, há notícia de uso de instrumental atuarial na área da execução penal, com relação à análise de concessão de progressão de regime prisional. Nesse sentido, OSCAR MELLIM FILHO cita, de forma incisivamente crítica, quesitos oferecidos pelo Ministério Público para exame criminológico que seria realizado para aferir as condições subjetivas para progressão. Conferir: “Numa clara comunhão entre a medicina e o saber penal, para justificar a retenção do sentenciado no cárcere, referiu-se o promotor de justiça, na formulação de tais quesitos à perícia médica, de forma atuarial, a uma “escala para a previsão de fatores de risco para a violência (esta escala, conhecida como HCR-20, da Simon Fraser University, do Canadá (Proc. Execução 547.258, Vara das Execuções Criminais de Araraquara).” (MELLIM FILHO, Oscar. *Criminalização e Seleção no Sistema Jurídico Penal*. São Paulo: IBCCRIM, 2010, p.168).

3 - TEORIA DA DETERMINAÇÃO DA PENA E SELETIVIDADE

3.1. Aspectos gerais da teoria da determinação da pena no direito brasileiro

A teoria da determinação da pena se insere na teoria da pena, que trata de quatro questões fundamentais: 1) fundamentação e finalidade das penas e medidas de segurança, 2) determinação, cálculo, dosimetria, fixação ou aplicação²⁸⁵ das sanções penais (penas e medidas de segurança), 3) execução penal e 4) extinção da punibilidade.²⁸⁶ Tais questões se entrelaçam, já que a abstração dos fundamentos e da finalidade das sanções se concretiza na aplicação, execução e extinção das sanções; a execução da sanção ocorrerá na medida da punição concretizada na aplicação da pena; e a extinção da punibilidade se referirá à sanção prevista ou aplicada.

No presente trabalho será abordada a determinação da pena criminal, resposta estatal aos imputáveis que praticaram crime, focando-se na seletividade judicial abundantemente identificada nessa seara. Não será abordada a aplicação de medidas de segurança, que possuem especificidades que demandariam trabalho em separado²⁸⁷, embora não se olvide que no âmbito das medidas de segurança também possa ser possível identificar diversas manifestações da seletividade do sistema penal, seja no diagnóstico das patologias mentais que geram a imputabilidade, seja no prognóstico de tratamento de tais patologias.

A determinação da pena se insere no contexto de efetivação da garantia constitucional de individualização da pena, prevista no artigo 5º, inciso XLVI da Constituição Federal *in verbis*:

²⁸⁵ Na presente pesquisa, os termos “determinação”, “cálculo”, “dosimetria”, “fixação” e “aplicação” da sanção são tidos como sinônimos e usados indistintamente.

²⁸⁶ CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p.49-50.

²⁸⁷ Sobre o tema medidas de segurança no direito brasileiro, cf. FERRARI, Eduardo Reale. *Medidas de Segurança e direito penal no estado democrático de direito*. São Paulo: RT, 2001, *passim*. Para uma abordagem histórica, cf. ALVIM, Rui Carlos Machado. *Uma Pequena História das Medidas de Segurança*. São Paulo: IBCCRIM, 1997, *passim*. Para um viés dogmático e criminológico crítico, cf. CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p.499-532.

A lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos.²⁸⁸

A individualização da pena se dá em três esferas:

1) *previsão em abstrato, pelo legislador, de diferentes penas para a mesma conduta tipificada*. A técnica legislativa utilizada para permitir a individualização, via de regra, é a previsão de um lapso de pena privativa de liberdade, variando de um mínimo a um máximo, que pode ou não ser substituído por pena(s) restritiva(s) de direitos e/ou multa, havendo também muitos casos de aplicação acumulada da prisão com multa, sendo certo que a multa possui regras próprias de individualização. Excepcionalmente, alguns tipos penais preveem penas exclusivas de multa, como algumas contravenções penais (p. ex. artigos 20, 22, 29, 30, 32, 37, 38, 43, 44, 46, 49, 57, 66 e 68 da Lei de Contravenções Penais), penas alternativas de multa (p. ex. artigos 133, 135 e 136 do Código Penal), penas cumulativas de restrição de direitos, como no caso do Código de Trânsito Brasileiro (artigos 292, 293, 295 e 296 do CTB) e penas exclusivas de restrição de direitos, apenas na hipótese de porte de droga para uso próprio (artigo 28 da Lei 11.343/06);

2) *determinação da pena a um indivíduo concreto*, pelo Judiciário, após o devido processo legal, valendo-se das regras previstas em lei para a determinação da pena, a seguir estudados; e

3) *execução da pena aplicada*, efetivada pelo Poder Executivo, guiando-se pelas leis de execução penal e sob controle do Judiciário, sendo certo que a execução é um processo dinâmico, destacando-se, no contexto da individualização da pena, diversos institutos, como a progressão e regressão de regime prisional, a remição e as saídas temporárias.

Focando-se na determinação da pena, verificamos que existem diversos sistemas para a sua efetivação, não havendo homogeneidade nos vários ordenamentos jurídicos conhecidos, embora existam traços em comum.²⁸⁹ No entanto, destaca-se uma

²⁸⁸ Recordar-se que Constituição Federal veda a previsão de penas de morte em tempos de paz, de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento e cruéis (artigo 5º, inciso XLVII).

²⁸⁹ Para uma ampla análise da legislação comparada quanto ao cálculo de pena, cf. NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena*. 7ªed. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2015, p.79-123. Sobre a

grande discricionariedade nessa seara²⁹⁰, de modo que o labor da doutrina penal normalmente se encaminha no sentido de tentar orientar, fundamentar, sistematizar e, sobretudo, limitar a atuação do Judiciário no tocante à aplicação da pena, já que os parâmetros legais, no mais das vezes, são bastante amplos.

No Brasil, a determinação da pena se subdivide em *quatro etapas* sucessivas²⁹¹, o que se infere do disposto no artigo 59, *caput* e incisos, do Código Penal, que possui a seguinte redação:

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

I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;

II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;

III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;

IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

individualização da pena (“sentencing”) nos países que seguem o sistema da *common law*, cf. CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. *Discricionariedade judicial e sistemas de aplicação da pena: reflexões a partir dos modelos de sentencing guidelines norte-americano e inglês*. In: BEDÊ JÚNIOR, Américo; CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós (coords.). *Sentença criminal e aplicação da pena: ensaios sobre discricionariedade, individualização e proporcionalidade*. Salvador: Juspodivm, 2017, p.197-249; ROBERTS, Julian V. *Structured sentencing: lessons from the experience in England and Wales*. In: BEDÊ JÚNIOR, Américo; CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós (coords.). *Sentença criminal e aplicação da pena: ensaios sobre discricionariedade, individualização e proporcionalidade*. Salvador: Juspodivm, 2017, p.381-395. Para uma análise dos fundamentos dogmáticos dos sistemas de penas alemão, espanhol e português, assim como suas influências no sistema de penas brasileiro, cf. CAMARGO, Antonio Luis. *Sistema de Penas, Dogmática Jurídico-Penal e Política Criminal*. São Paulo: Cultural Paulista, 2002, p.67-93.

²⁹⁰ “Quanto à natureza e medida da pena, é a própria lei que confia ao juízo político-criminal do julgador tarefa de concretização da pena nos limites da moldura penal abstrata que acompanha a incriminação típica da parte especial dos códigos penais ou da legislação extravagante.” (DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia: O Homem delinquente e a Sociedade Criminógena*. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p.509).

²⁹¹ Nesse sentido, CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p.315. Há autores, como PAULO QUEIROZ, que consideram também a aplicação ou não da suspensão condicional da pena (art.77 do Código Penal) e a fundamentação dos efeitos da condenação (art.92 do Código Penal) como etapas do cálculo de pena. Cf. QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal: Parte Geral*. V.1. 13ª ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p.463-464. Em sentido similar, cf. FERREIRA, Gilberto. *Aplicação da pena*. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p.59-60.

Vejamos as quatro etapas:

a) *Primeira etapa*: escolha da(s) pena(s) cabível(is) entre as legalmente cominadas (pena privativa de liberdade, restritivas de direitos e multa). Nesse momento, o interprete verifica a moldura penal da pena a ser aplicada, ou seja, o máximo e o mínimo de tempo de pena e o tipo(s) de sanção(ões) em abstrato previstos para o crime cuja ocorrência e punibilidade restaram devidamente comprovadas no processo penal.

Como já mencionado, a maioria dos tipos penais no ordenamento brasileiro possuem previsão típica de pena privativa de liberdade, acumulada ou não de multa, de modo que a primeira etapa possui aplicação prática pequena. A Parte Geral do Código Penal regra a cominação de penas nos artigos 53 a 58, lembrando-se que o limite máximo de cumprimento da pena de prisão é de trinta anos (artigo 75 do Código Penal), ou seja, mesmo que seja cominada pena superior a esse montante, o máximo de tempo de privação de liberdade será trinta anos, já que o ordenamento brasileiro veda penas de caráter perpétuo (artigo 5º, inciso XLVI, alínea “b” da Constituição Federal).

b) *Segunda etapa*: fixação do montante de pena aplicável (duração temporal da pena).²⁹² Nessa etapa se insere o sistema trifásico de determinação do montante da pena privativa de liberdade, sendo a primeira fase a fixação da pena-base, valendo-se das chamadas “circunstâncias judiciais”, a segunda fase constituída pela aplicação (se houver) das “agravantes e atenuantes”, e terceira fase a aplicação (se houver) das “causas de aumentos e diminuição de pena”.

O aplicador do direito deve se atentar para o fato de alguma circunstância não constituir, no caso concreto, uma qualificadora (p. ex. motivo fútil e homicídio - artigo 121 do Código Penal). Nesse caso, a própria moldura penal (máximo e mínimo da pena) é alterada, não podendo tal circunstância que qualificou o crime ser considerada nas demais etapas do cálculo de pena, sob pena de se configurar *bis in idem*.

Nota-se que todos os elementos das três fases do cálculo do montante da pena são “circunstâncias” em sentido *lato*, ou seja, elementos que não são essenciais para a existência do crime (elementares do crime), mas que, quando presentes, agravam ou

²⁹² Para a análise das medidas contrasseletivas quanto ao montante da pena, cf. tópicos 5.1. a 5.1.6. *infra*.

atenuam a reprovabilidade do delito.²⁹³ Conforme explana RUY ROSADO DE AGUIAR JÚNIOR:

Distingue-se a elementar da circunstância pelo processo hipotético de eliminação. Se a exclusão de certo fator implicar a descaracterização do fato como crime, ou faz surgir outro crime, tal dado é uma elementar. (...) Se o fator excluído não impede a caracterização do crime, trata-se de uma circunstância do crime.²⁹⁴

Também são encontradas normas específicas do cálculo do montante da pena em diversos dispositivos de leis especiais, que muitas vezes contêm regras específicas para a punição dos crimes nelas previstos, como no caso do Código de Trânsito²⁹⁵, Lei de Drogas²⁹⁶ e da Lei de Crimes Ambientais.²⁹⁷

De todo o modo, após a reforma da Parte Geral do Código Penal de 1984 se consagrou o sistema trifásico do cálculo do montante da pena privativa de liberdade²⁹⁸, aplicável a todos os crimes do ordenamento jurídico brasileiro, conforme previsto no artigo 68 do Código Penal, que prevê:

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

Conforme bem explica GUILHERME DE SOUZA NUCCI:

²⁹³ “O termo *circunstância* provém de *circum* (círculo) e de *stare* (estar) e indica tudo que *está em torno, que está ao redor de algo*.” “É *gênero*, cujas *espécies* são as circunstâncias judiciais listados no art.59, as circunstâncias legais agravantes e atenuantes previstas nos artigos 61 a 66, as qualificadoras agregadas aos tipos da Parte Especial e as majorantes e minorantes previstas tanto na Parte Geral quanto na Parte Especial do Código.” (BOSCHI, José Antonio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 7ªed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p.160).

²⁹⁴ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Aplicação da pena*. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria Advogado, 2013, p.66.

²⁹⁵ Artigo 298, aplicável a todos os crimes da lei, além de outros dispositivos aplicáveis a crimes específicos.

²⁹⁶ Artigo 42, aplicável a todos os crimes da lei, e outros artigos com aplicação em crimes específicos.

²⁹⁷ Artigos 6º, 14 e 15, aplicáveis a todos os crimes da lei, ressalvando a existência de diversos artigos com disposições específicas.

²⁹⁸ A redação anterior da Parte Geral do Código Penal não definia o método de fixação do montante da pena privativa de liberdade, sendo famoso o debate, antes da reforma, entre aqueles que defendiam o método bifásico, como ROBERTO LYRA, e o método trifásico, como NELSON HUNGRIA. Para uma análise dos argumentos daqueles que defendiam o método bifásico, cf. GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal*. V. I. T.II. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.97-136; LYRA, Roberto. *Comentários ao Código Penal*. V.II. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p.175 e ss.

O método trifásico foi consagrado no Código Penal, após a reforma Penal de 1984, parecendo ser o mais adequado, pois permite ao condenado o exato conhecimento do processo pelo qual passa o juiz até concretizar a pena. Ponto por ponto, expõe o magistrado, por intermédio do raciocínio lógico-dedutivo, sua conclusão acerca da medida da sanção penal cabível, individualizando-a como determina a Constituição Federal.²⁹⁹

As circunstâncias judiciais estão previstas no caput do artigo 59 do Código Penal e são oito: “culpabilidade”, “antecedentes”, “conduta social”, “personalidade do agente”, “motivos”, “circunstâncias”, “consequências do crime” e “comportamento da vítima”. Conforme expõe PAULO DE SOUZA QUEIROZ:

As circunstâncias judiciais são dados ou fatos acidentais, objetivos ou subjetivos, que, embora não façam parte da estrutura do crime, são importantes para a apuração do grau de culpabilidade do autor, devendo ser consideradas para efeito de aplicação da pena-base.³⁰⁰

São chamadas de “judiciais” devido à grande discricionariedade do magistrado tanto na análise do conteúdo das circunstâncias, que são compostas por termos com significado semanticamente pouco delimitados (termos “abertos”³⁰¹), quanto na estipulação dos montantes de aumento ou diminuição de pena gerados pela incidência de tais circunstâncias.

Ressalva-se que diversos autores sustentam que a circunstâncias judiciais teriam tal denominação pelo fato do julgador conferir a carga de valor para cada uma delas, podendo em um processo a circunstância agravar a pena e em outro atenuar.³⁰² Na hipótese

²⁹⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena*. 7ªed. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2015, p.149.

³⁰⁰ QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal: Parte Geral*. V.1. 13ª ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p.475.

³⁰¹ Conforme aponta SALO DE CARVALHO, “a pena-base é composta por inúmeras categorias abertas (circunstâncias judiciais), situação que aumenta o nível de complexidade e caracteriza a primeira etapa da dosimetria como a mais propensa a erros.” (CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p.327).

³⁰² Nesse sentido, dentre outros, cf. BOSCHI, José Antonio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 7ªed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p.160-161. Em sentido contrário posiciona-se JUAREZ TAVARES, que sustenta que as circunstâncias judiciais diferentes da culpabilidade seriam baseadas em critérios preventivos e, como a pena não pode passar da medida da culpabilidade (fator esse que estabeleceria a pena máxima na primeira fase), as demais circunstâncias judiciais só seriam aptas a diminuir a pena. Cf. TAVARES, Juarez. *Culpabilidade e individualização da pena*. In: NASCIMENTO, André; BATISTA; Nilo. *Cem anos de reprovção: uma contribuição transdisciplinar para a crise da culpabilidade*. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p.139-140. Retomaremos o tema “culpabilidade no cálculo da pena” no tópico 5.1.1. infra.

de não se comprovar circunstância alguma, ela é considerada neutra, inapta a agravar ou atenuar a pena.

Tal posição faz sentido na medida em que o Código Penal não faz a distinção da carga valorativa das circunstâncias, ao contrário do que faz com as atenuantes e agravantes. No entanto, cabem duas observações, referentes aos “antecedentes” e ao “comportamento da vítima”.

Com relação aos “antecedentes”, como será visto³⁰³, se valendo de um raciocínio constitucionalmente adequado, só é possível considerar antecedentes negativos aqueles referentes a condenações transitadas em julgado que não configurem reincidência.³⁰⁴ Dessa forma, ou a pessoa tem algum “mau antecedente” (condenação transitada em julgada que não configura reincidência) ou não tem, possuindo, desse modo, “bons antecedentes”. Não existe a possibilidade dos antecedentes serem “neutros”, pois isso equivale a “bons antecedentes”.

Seria possível atenuar a pena da pessoa apenas porque não possui nenhum “mau antecedente”, o que equivale a possuir “bons antecedentes”? Certamente não, pois isso equivaleria a um atenuante genérico que toda pessoa teria pelo simples fato de não ostentar condenações, o que não faz qualquer sentido sistemático. Na hipótese de considerar a ausência de antecedentes como hipótese de atenuação de pena na primeira fase do cálculo, seriam necessárias ao menos duas circunstâncias judiciais negativas para agravar a pena base (p. ex. “motivos” e “consequências”), sem qualquer razão para tanto. De fato, não é um dado excepcional, merecedor de atenuação da pena, não possuir antecedentes criminais. Na verdade, essa é a regra na sociedade, onde a ampla maioria da população não ostenta condenações pretéritas.

Assim, a ausência ou não comprovação de antecedentes, que equivalem a “bons antecedentes”, devem ser consideradas como inaptas a agravar a pena, mas não aptos a atenuar. Por outro lado, se existir algum “mau antecedente” a pena deve ser agravada.

³⁰³ Aprofundaremos o tema “antecedentes” no tópico 5.1.3 infra.

³⁰⁴ Tal raciocínio, que privilegia o princípio constitucional da presunção de inocência, é abraçado pela jurisprudência atualmente pacificada, corporificada na súmula nº444 do Superior Tribunal de Justiça: “É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base.”

Já no caso do “comportamento da vítima”, grande parte da doutrina e da jurisprudência entendem que só poder ser considerado para atenuar a pena.³⁰⁵ De fato, nas excepcionais hipóteses de termos um sujeito passivo provocador, ou mesmo uma concorrência de culpas no caso de crime culposos, é razoável que seja atenuada a pena. No entanto, não parece haver impeditivo que, no caso da vítima tenha agido de forma excepcional para evitar o crime, não possa a pena ser agravada. Aliás, essa é a *ratio legis* de qualificadoras como a do furto com rompimento de obstáculo (artigo 155, parágrafo 4º do Código Penal).

Parece mais acertada a posição de autores como PAULO CÉSAR BUSATO, que reconhece ser uma injustiça “sopesar contra o réu aquela situação em que a vítima nada contribuiu para o crime.”³⁰⁶ Prossegue o autor, ponderando que o legislador não se referiu, no artigo 59, ao “comportamento da vítima” no sentido de incitação ao crime, mas, tão somente ao “comportamento da vítima”, dando margem a considerar o comportamento ativo e excepcional da vítima em evitar o crime (p. ex. ter essa instalado diversas medidas de segurança em casos de crimes patrimoniais) como apto a agravar a pena. Conclui o autor:

Assim, parece que o correto, como circunstância judicial, seja levar em consideração o comportamento da vítima, no que diz respeito à sua atitude para evitar ou contribuir para a existência do delito apurado, podendo pesar em favor ou em desfavor do réu tal comportamento. Quando a vítima simplesmente não contribuiu para o crime, nem de modo especial, procurou evitá-lo, a circunstância permanece neutra, não devendo implementar nem um especial aumento, nem uma especial diminuição.³⁰⁷

³⁰⁵ Como exemplos de autores que se referem ao comportamento da vítima apenas para atenuar a pena, cf. REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de Direito Penal: Parte Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.408; GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 18ª ed. Niterói: Impetus, 2016, p.687; TEIXEIRA, Adriano. *Teoria da Aplicação da pena: Fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p.137; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral*. V.1. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, 792; MASSON, Cléber. *Código Penal Comentado*. São Paulo: Método, 2013, p.301-302.

³⁰⁶ BUSATO, Paulo César. *Direito Penal: Parte Geral*. V.1. 3ª ed. São Paulo Gen/Atlas, 2017, p.850.

³⁰⁷ BUSATO, Paulo César. *Direito Penal: Parte Geral*. V.1. 3ª ed. São Paulo Gen/Atlas, 2017, p.850. Também afirmando que a o comportamento da vítima pode aumentar ou diminuir a reprovabilidade do crime, cf. SOUZA, Luciano Anderson de. *Comentários aos artigos 59 ao 82*. In: REALE JÚNIOR, Miguel (coord.) *Código Penal Comentado*. São Paulo: Saraiva, 2017, p.197; PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral*. V.1. 3ª ed. São Paulo: RT, 2002, p.424; QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal: Parte Geral*. V.1. 13ª ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p.481. Voltaremos ao tema “comportamento da vítima” no tópico 5.1.5 infra.

Anota-se, ainda, que o cálculo deve partir do mínimo legal em abstrato³⁰⁸, que “constitui a garantia ao bem tutelado, ou a medida da sanção necessária e proporcionada à sua proteção”³⁰⁹, devendo ser aumentada na presença de circunstâncias judiciais negativas, atenuada na presença de positivas e mantida estável na presença de circunstâncias neutras (nem positivas e nem negativas). A pena não pode ser fixada abaixo do mínimo na primeira fase do cálculo, pois esse configura a gravidade mínima do crime, expressando “a dialética entre o *favor libertatis* e a necessidade de tutela.”³¹⁰

Outra questão relevante é a referente ao aumento máximo na primeira fase do cálculo. Há posição no sentido que a pena, na primeira fase do cálculo, não pode ultrapassar o termo médio, consistente no termo médio entre o mínimo e o máximo da pena cominada em abstrato.³¹¹ Tal posição se baseia na premissa de que se existem limites para a fixação da pena na segunda fase (mínimo e máximo em abstrato), deve haver também limites para a pena na primeira fase, que devem ser diferenciados, sob pena de se equiparar elementos de natureza diversa (circunstâncias judiciais, agravantes e atenuantes).³¹² Ademais, o termo médio seria um “escudo contra o risco de excesso.”³¹³

Todavia, tal posição não convence. Não há impeditivo legal algum para a oscilação do montante da pena na primeira fase do cálculo de pena entre o mínimo e máximo em abstrato, devendo o aplicador do direito ficar restrito apenas à moldura penal que, por política criminal, foi prevista pelo legislador como adequada à conduta

³⁰⁸ Nesse sentido, dentre outros, cf. SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: Parte Geral*. 8ª ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p.556.

³⁰⁹ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal*. São Paulo: RT, 2003, p.161.

³¹⁰ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal*. São Paulo: RT, 2003, p.162. Em sentido diverso, cf. MASSUD, Leonardo. *Da pena e sua fixação: finalidades, circunstâncias judiciais e apontamentos para o fim do mínimo legal*. São Paulo: DPJ, 2009, p.207-211.

³¹¹ Nesse sentido, cf. CARVALHO, Salo de. *Critérios para cálculo da pena-base: ponto de partida, termo médio e regras de quantificação*. In: BEDÊ JÚNIOR, Américo; CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós (coords.). *Sentença criminal e aplicação da pena: ensaios sobre discricionariedade, individualização e proporcionalidade*. Salvador: Juspodivm, 2017, p.491-508; BOSCHI, José Antonio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 7ªed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p.187-189; ROSSETO, Enio Luiz. *Teoria e aplicação da pena*. São Paulo: Atlas, 2014, p.133-134.

³¹² CARVALHO, Salo de. *Critérios para cálculo da pena-base: ponto de partida, termo médio e regras de quantificação*. In: BEDÊ JÚNIOR, Américo; CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós (coords.). *Sentença criminal e aplicação da pena: ensaios sobre discricionariedade, individualização e proporcionalidade*. Salvador: Juspodivm, 2017, p.499.

³¹³ BOSCHI, José Antonio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 7ªed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p.188.

incriminada. Existem casos excepcionais de reprovabilidade máxima que demandam pena máxima já na primeira fase do cálculo.³¹⁴

Ademais, não se vislumbra diferença significativa de natureza jurídica entre as circunstâncias judiciais, agravantes e atenuantes, sendo as últimas duas, no mais das vezes, especificações das primeiras (p. ex. circunstância judicial “motivos do crime” e agravante “motivo fútil”). Apenas por política criminal do legislador elas são consideradas em fases distintas, não se vislumbrando dessa diferenciação de fase uma modificação o teto de pena que elas podem alcançar. Aliás, parece razoável que mesmo o montante de aumento ou diminuição de uma circunstância judicial, de uma agravante e de uma atenuante sejam similares.³¹⁵

As *agravantes e atenuantes*, estão previstas nos artigos 61 a 66 do Código Penal. Com exceção da atenuante genérica prevista no artigo 66 do Código Penal, são constituídas de dispositivos mais “fechados”, similares a tipos penais devido à sua maior delimitação³¹⁶. Vejamos as circunstâncias agravantes e atenuantes previstas no Código Penal:

Circunstâncias agravantes.

Art. 61 - São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime:

I - a reincidência;

II - ter o agente cometido o crime:

a) por motivo fútil ou torpe;

b) para facilitar ou assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime;

³¹⁴ Sustentando que, na primeira fase, a pena pode variar do mínimo ao máximo legal, cf. AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Aplicação da pena*. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria Advogado, 2013, p.96; NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena*. 7ªed. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2015, p.324-330; FRANCO, José Henrique Kaster. *Funções da pena e individualização*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p.164-169.

³¹⁵ O tema do montante de aumento de pena devido à incidência das circunstâncias da primeira e segunda fases do cálculo será retomado no tópico 5.1.6. infra.

³¹⁶ MASSUD, Leonardo. *Da pena e sua fixação: finalidades, circunstâncias judiciais e apontamentos para o fim do mínimo legal*. São Paulo: DPJ, 2009, p.180.

c) à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação, ou outro recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido;

d) com emprego de veneno, fogo, explosivo, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que podia resultar perigo comum;

e) contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge;

f) com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, ou com violência contra a mulher na forma da lei específica;

g) com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão;

h) contra criança, maior de 60 (sessenta) anos, enfermo ou mulher grávida;

i) quando o ofendido estava sob a imediata proteção da autoridade;

j) em ocasião de incêndio, naufrágio, inundação ou qualquer calamidade pública, ou de desgraça particular do ofendido;

l) em estado de embriaguez preordenada.

Agravantes no caso de concurso de pessoas.

Art. 62 - A pena será ainda agravada em relação ao agente que:

I - promove, ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes;

II - coage ou induz outrem à execução material do crime;

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

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

Circunstâncias atenuantes.

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

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

II - o desconhecimento da lei;

III - ter o agente:

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

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

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

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

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

Art. 66 - A pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei.

Embora previstas em normas mais delimitadas, o montante do aumento e da diminuição gerado pela incidência das agravantes e atenuantes não é fixado pelo legislador, de modo que tal fator fundamental fica sob ampla discricionariedade do julgador.

A jurisprudência pacífica³¹⁷ e parte da doutrina³¹⁸ entendem que na segunda fase do cálculo a pena não pode ser fixada abaixo do mínimo legal, mesmo se a pena na primeira fase tiver sido fixada no mínimo e incidir alguma atenuante, principalmente por questões de segurança jurídica, já que não há previsão legal expressa a respeito do montante de redução no caso de atenuantes. Nos limites do presente trabalho, anota-se

³¹⁷ Cf. súmula nº 231 do Superior Tribunal de Justiça: “A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal.”

³¹⁸ Cf. NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena*. 7ªed. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2015, p.258-259; FRANCO, José Henrique Kaster. *Funções da pena e individualização*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p.176-177; ROSSETO, Enio Luiz. *Teoria e aplicação da pena*. São Paulo: Atlas, 2014, p.137-138.

apenas que existe forte oposição doutrinária a essa posição³¹⁹, que se vale de relevantes argumentos, como o desrespeito ao princípio da legalidade, já que o artigo 65, que se refere a circunstâncias que “sempre” atenuam a pena, deixa de ser considerado na hipótese da haver alguma atenuante e a pena, na primeira fase, tiver sido fixada no mínimo legal.

Já as *causas de aumentos e diminuição de pena*, estão previstas tanto em dispositivos da Parte Geral do Código Penal (artigos 14; 16; 24, parágrafo 2º; 26, parágrafo único; 28, parágrafo 2º; 70 e 71) quanto em diversos dispositivos da Parte Especial.

Tais causas se caracterizam tanto pela maior delimitação dos dispositivos onde estão previstas (p. ex. artigo 14, inciso II do Código Penal: “diz-se o crime: II - tentado, quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente”), quanto pela maior precisão do aumento ou diminuição a ser efetuado pelo julgador quando de suas incidências (p. ex. artigo 14, parágrafo único do Código Penal: “salvo disposição em contrário, pune-se a tentativa com a pena correspondente ao crime consumado, diminuída de um a dois terços”).

Certamente, o montante de aumento ou diminuição, quando há um lapso (p. ex. 1/3 a 2/3 na tentativa; 1/6 a 1/2 no concurso formal; 1/6 a 2/3 no crime continuado), dá vazão a certa discricionariedade do julgador. No entanto, essa tende a ser bem menor, pela própria previsão e razão de ser do instituto a que se esteja referindo (p. ex. no caso da tentativa, a redução será menor na medida em que for mais distante a consumação do crime; no caso do concurso formal e do crime continuado, o aumento será maior na medida em que forem praticados mais crimes).³²⁰

³¹⁹ Cf. BOSCHI, José Antonio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 7ªed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p.250. CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p.438-440.

³²⁰ Anota-se a existência de posição doutrinária apontando para a necessidade de flexibilização de critérios normalmente usados para quantificar o montante de aumento e diminuição: cf. BOSCHI, José Antonio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 7ªed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p.258-272; CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p.447-464. No entanto, parece equivocado invocar argumentos diversos, para a quantificação das causas de aumento e diminuição, daqueles consolidados pela doutrina e jurisprudência, pois normalmente são levados em consideração dados objetivos, como número de crimes, de vítimas, ou grau de afetação do bem jurídico tutelado, que são os menos sujeitos à potencialização da seletividade do sistema penal.

Verifica-se, como já mencionado, que as agravantes e atenuantes, assim como as causas de aumento e diminuição³²¹ e mesmo as qualificadoras, normalmente constituem especificações de circunstâncias judiciais³²², possuindo natureza similar e só se diferenciando por política criminal do legislador, que as considera em momentos diversos do cálculo de pena. Por exemplo, a causa de diminuição do crime tentado, nada mais é do que a especificação da circunstância judicial “consequências do crime”.

Nesse caso, a mesma circunstância não pode ser considerada em fase anterior, sob pena de se configurar *bis in idem*, preponderando a sua incidência na fase mais avançada do cálculo (a 3ª fase prepondera sobre as 2ª e 1ª fase e a 2ª fase prepondera sobre a 1ª).³²³ Por exemplo, uma condenação anterior, que configure “reincidência” (agravante), não pode ser considerada, também, como “mau antecedente” (circunstância judicial) e a causa de aumento do furto noturno (artigo 155, parágrafo 1º do Código Penal), não pode ser considerada como circunstância judicial negativa. A preponderância na fase mais avançada se dá devido ao critério da especialidade, usado para dirimir conflitos aparente de normas, já que a norma da fase mais avançada do cálculo claramente é especial a aquelas previstas em fases anteriores do cálculo.³²⁴

Anota-se que as causas de aumento podem elevar a pena acima do máximo legal em abstrato do tipo penal, assim como as causas de diminuição podem levar a pena abaixo do mínimo legal.

c) *Terceira etapa*: determinação do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade.³²⁵ O ordenamento jurídico possui três tipos de regime de cumprimento de pena: fechado, semiaberto e aberto. Conforme o artigo 33 do Código Penal, no caso de pena de reclusão são cabíveis os regimes aberto, semiaberto e fechado. Já no caso de pena de detenção (prevista para delitos menos graves) são cabíveis os regime

³²¹ Com exceção das causas de aumentos referentes aos concursos de crime, que são medidas de política criminal em prol do réu, em hipóteses de pluralidade de delitos. Cf. artigo 70 (concurso formal) e 71 (crime continuado) do Código Penal.

³²² Nesse sentido, cf. CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p.337-339 (com vários exemplos, inclusive o usado no texto).

³²³ FRANCO, José Henrique Kaster. *Funções da pena e individualização*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p.164.

³²⁴ CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p.337-340.

³²⁵ Para a análise das medidas contrasseletivas quanto à fixação do regime prisional, cf. tópico 5.2. infra.

aberto e semiaberto, salvo hipótese de regressão de regime na execução penal, hipótese na qual o condenado à pena de detenção pode regredir ao regime fechado³²⁶. Finalmente, para a pena de prisão simples (aplicável às contravenções penais), são cabíveis os regime aberto e semiaberto, vedada a regressão para o regime fechado (artigo 6º da Lei de Contravenções Penais).

A imposição de cada regime se baseia no montante de pena privativa de liberdade aplicada e na reincidência ou não do agente. Nesse sentido, dispõe o artigo 33, parágrafo 2º do Código Penal *in verbis*:

§ 2º - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso:

- a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado;
- b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto;
- c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.

Ademais, a escolha de regime leva em consideração as circunstâncias judiciais (cf. artigo 59, inciso III do Código Penal), de modo que se verifica considerável discricionariedade judicial. Assim, mesmo uma pena inferior a quatro anos, aplicada a um réu primário, pode ser fixada com regime inicial fechado, se as circunstâncias judiciais, já expostas como sendo muito abertas, assim apontarem.

Verifica-se que a questão dos regimes de cumprimento de pena é daquelas onde há maior discrepância entre a previsão legal e a realidade prática. Vejamos brevemente.

A *previsão teórica* do regime fechado está, basicamente, nos seguintes dispositivos legais do Código Penal e da Lei de Execução Penal:

³²⁶ ROSSETO, Enio Luiz. *Teoria e aplicação da pena*. São Paulo: Atlas, 2014, p.173.

Artigo 33, parágrafo 1º do Código Penal (definição de regime fechado):

Considera-se: a) regime fechado a execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média;

Artigo 34 do Código Penal (regras do regime fechado):

O condenado será submetido, no início do cumprimento da pena, a exame criminológico de classificação para individualização da execução.

§ 1.º O condenado fica sujeito a trabalho no período diurno e a isolamento durante o repouso noturno.

§ 2.º O trabalho será em comum dentro do estabelecimento, na conformidade das aptidões ou ocupações anteriores do condenado, desde que compatíveis com a execução da pena.

§ 3.º O trabalho externo é admissível, no regime fechado, em serviços ou obras públicas.

Artigo 84 da Lei de Execução Penal (separação de presos):

Art. 84. O preso provisório ficará separado do condenado por sentença transitada em julgado.

§ 1º Os presos provisórios ficarão separados de acordo com os seguintes critérios:

I - acusados pela prática de crimes hediondos ou equiparados;

II - acusados pela prática de crimes cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa;

III - acusados pela prática de outros crimes ou contravenções diversos dos apontados nos incisos I e II.

§ 2º O preso que, ao tempo do fato, era funcionário da Administração da Justiça Criminal ficará em dependência separada.

§ 3º Os presos condenados ficarão separados de acordo com os seguintes critérios:

I - condenados pela prática de crimes hediondos ou equiparados;

II - reincidentes condenados pela prática de crimes cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa;

III - primários condenados pela prática de crimes cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa;

IV - demais condenados pela prática de outros crimes ou contravenções em situação diversa das previstas nos incisos I, II e III.

§ 4º O preso que tiver sua integridade física, moral ou psicológica ameaçada pela convivência com os demais presos ficará segregado em local próprio.

Artigo 85 da Lei de Execução Penal (lotação de presídios):

Art. 85. O estabelecimento penal deverá ter lotação compatível com a sua estrutura e finalidade.

Parágrafo único. O Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária determinará o limite máximo de capacidade do estabelecimento, atendendo a sua natureza e peculiaridades.

Artigo 87 da Lei de Execução Penal (definição da penitenciária como estabelecimento de cumprimento de pena em regime fechado):

A penitenciária destina-se ao condenado à pena de reclusão, em regime fechado.

Parágrafo único. A União Federal, os Estados, o Distrito Federal e os Territórios poderão construir Penitenciárias destinadas, exclusivamente, aos presos provisórios e condenados que estejam em regime fechado, sujeitos ao regime disciplinar diferenciado, nos termos do art. 52 desta Lei.

Artigo 88 da Lei de Execução Penal (características da cela da penitenciária):

O condenado será alojado em cela individual que conterà dormitório, aparelho sanitário e lavatório.

Parágrafo único. São requisitos básicos da unidade celular:

a) salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana;

b) área mínima de 6,00m² (seis metros quadrados).

Artigo 89 da Lei de Execução Penal (especificidades da penitenciária feminina):

Além dos requisitos referidos no art. 88, a penitenciária de mulheres será dotada de seção para gestante e parturiente e de creche para abrigar crianças maiores de 6 (seis) meses e menores de 7 (sete) anos, com a finalidade de assistir a criança desamparada cuja responsável estiver presa.

Parágrafo único. São requisitos básicos da seção e da creche referidas neste artigo:

I – atendimento por pessoal qualificado, de acordo com as diretrizes adotadas pela legislação educacional e em unidades autônomas; e

II – horário de funcionamento que garanta a melhor assistência à criança e à sua responsável.

Artigo 90 da Lei de Execução Penal (local da penitenciária masculina):

A penitenciária de homens será construída, em local afastado do centro urbano, à distância que não restrinja a visitação.

A realidade prática do regime fechado, todavia, é bem diversa, conforme constatado nas diversas inspeções e relatórios feitos pelo Conselho Nacional de Justiça³²⁷. Em apertada síntese, pode-se listar:

1) A assimetria entre estabelecimentos prisionais, existindo poucos razoáveis e muitos completamente inadequados.

2) Enorme desrespeito às normas de lotação carcerária, sendo comum que estabelecimentos tenham mais que o dobro de sua lotação prevista.³²⁸

³²⁷ Cf. <http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/pj-mutirao-carcerario/relatorios>, consulta em 03 de junho de 2019. Na doutrina, destacando a contradição entre a programação legal das penitenciárias e sua realidade prática, cf., exemplificativamente, BARREIROS, Yvana Savedra de Andrade. *Individualização da pena: um desafio permanente*. Curitiba: Juruá, 2009, p.175-176; DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto; DELMANTO JÚNIOR, Roberto; DELMANTO, Fábio de Almeida. *Código Penal Comentado*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p.142-143; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal: Parte Geral*. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.368-375.

3) Desrespeito às diretrizes arquitetônicas legais como, por exemplo, a inexistência de celas individuais e de oficinas de trabalho.

4) Frequente desrespeito aos requisitos mínimos de salubridade e, também, aos direitos do preso em geral, expressamente previstos na Constituição Federal³²⁹ e em lei (principalmente artigos 3º, 40 e 41 da Lei de Execução Penal³³⁰).

5) Subsistência do cumprimento de pena em cadeias públicas (destinadas a presos provisórios) e em carceragens policiais (que não deveriam receber presos, exceto pelo exíguo tempo necessário para efetuar a transferência para uma cadeia pública).

6) Difusão e controle do crime organizado em diversos estabelecimentos prisionais, basicamente por omissão do Estado na repressão e prevenção dessa modalidade criminosa, que se iniciaria pelo fornecimento das condições legais de cumprimento de pena.

Já a *previsão teórica* do regime semiaberto encontra-se nos seguintes dispositivos legais do Código Penal e da Lei de Execução Penal:

Artigo 33, parágrafo 1º do Código Penal (definição de regime semiaberto):

Considera-se: b) regime semiaberto a execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar;

³²⁸ Cf., no sítio eletrônico do Conselho Nacional de Justiça, a ferramenta “Geopresídios”, que informa a lotação carcerária informada pelos diversos estabelecimentos penais brasileiros. http://www.cnj.jus.br/inspecao_penal/mapa.php, consulta em 03 de junho de 2019.

³²⁹ Dos diversos incisos do artigo 5º, basta a menção ao XLIX: “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral.”

³³⁰ Lei de Execução Penal: Art. 3º - Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei. Parágrafo único. Não haverá qualquer distinção de natureza racial, social, religiosa ou política. Art. 40 - Impõe-se a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral dos condenados e dos presos provisórios. Art. 41 - Constituem direitos do preso: I - alimentação suficiente e vestuário; II - atribuição de trabalho e sua remuneração; III - Previdência Social; IV - constituição de pecúlio; V - proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação; VI - exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena; VII - assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa; VIII - proteção contra qualquer forma de sensacionalismo; IX - entrevista pessoal e reservada com o advogado; X - visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados; XI - chamamento nominal; XII - igualdade de tratamento salvo quanto às exigências da individualização da pena; XIII - audiência especial com o diretor do estabelecimento; XIV - representação e petição a qualquer autoridade, em defesa de direito; XV - contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes. XVI – atestado de pena a cumprir, emitido anualmente, sob pena da responsabilidade da autoridade judiciária competente. Parágrafo único. Os direitos previstos nos incisos V, X e XV poderão ser suspensos ou restringidos mediante ato motivado do diretor do estabelecimento.

Artigo 35 do Código Penal (regras do regime semiaberto):

Aplica-se a norma do art. 34 deste Código, *caput*, ao condenado que inicie o cumprimento da pena em regime semiaberto.

§ 1.º O condenado fica sujeito a trabalho em comum durante o período diurno, em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar.

§ 2.º O trabalho externo é admissível, bem como a frequência a cursos supletivos profissionalizantes, de instrução de segundo grau ou superior.

Artigo 91 da Lei de Execução Penal (definição da colônia agrícola, industrial ou similar como estabelecimento de cumprimento de pena em regime semiaberto):

A Colônia Agrícola, Industrial ou Similar destina-se ao cumprimento da pena em regime semi-aberto.

Artigo 92 da Lei de Execução Penal (características do alojamento da colônia agrícola, industrial ou similar):

O condenado poderá ser alojado em compartimento coletivo, observados os requisitos da letra a, do parágrafo único, do artigo 88, desta Lei.

Parágrafo único. São também requisitos básicos das dependências coletivas:

- a) a seleção adequada dos presos;
- b) o limite de capacidade máxima que atenda os objetivos de individualização da pena.

Nota-se, entretanto, que a *realidade prática* do regime semiaberto é bem diversa, conforme constatado nas diversas inspeções e relatórios feitos pelo Conselho Nacional de Justiça. Lista-se brevemente:

- 1) Existência de poucas colônias agrícolas e industriais, sendo que as existentes não atendem, geralmente, às disposições legais, tanto do ponto de vista arquitetônico quanto do respeito aos direitos dos presos.
- 2) Poucas vagas de semiaberto fornecidas pelo Estado. Por consequência, existem presos em regime semiaberto cumprindo pena em regime fechado, o que configura excesso de

execução, assim como presos em semiaberto cumprindo pena em regime aberto, o que também configura uma distorção (embora essa seja a solução correta no caso de falta de vagas adequadas, pois o preso não pode ser sobreapenado devido à desídia do Estado).

3) Construção e destinação de estabelecimentos prisionais para cumprimento de pena em regime semiaberto com características diversas da prevista em lei (p. ex. presídios em que os presos saem de dia para trabalhar e retornam no término do expediente³³¹).

Finalmente, a *previsão teórica* do regime aberto está disposta nos seguintes artigos do Código Penal e da Lei de Execução Penal:

Artigo 33, parágrafo 1º do Código Penal (definição de regime aberto):

Considera-se: c) regime aberto a execução da pena em casa de albergado ou estabelecimento adequado.

Artigo 36 do Código Penal (regras do regime aberto):

O regime aberto baseia-se na autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado.

§ 1.º O condenado deverá, fora do estabelecimento e sem vigilância, trabalhar, frequentar curso ou exercer outra atividade autorizada, permanecendo recolhido durante o período noturno e nos dias de folga.

Artigo 115 da Lei de Execução Penal (condições gerais e obrigatórias do regime aberto):

O Juiz poderá estabelecer condições especiais para a concessão de regime aberto, sem prejuízo das seguintes condições gerais e obrigatórias:

I - permanecer no local que for designado, durante o repouso e nos dias de folga;

II - sair para o trabalho e retornar, nos horários fixados;

III - não se ausentar da cidade onde reside, sem autorização judicial;

³³¹ BARREIROS, Yvana Savedra de Andrade. *Individualização da pena: um desafio permanente*. Curitiba: Juruá, 2009, p.177.

IV - comparecer a Juízo, para informar e justificar as suas atividades, quando for determinado.

Artigo 93 da Lei de Execução Penal (definição da casa do albergado como estabelecimento de cumprimento de pena em regime aberto):

A Casa do Albergado destina-se ao cumprimento de pena privativa de liberdade, em regime aberto, e da pena de limitação de fim de semana.

Artigo 94 e 95 da Lei de Execução Penal (características da casa do albergado):

Art. 94. O prédio deverá situar-se em centro urbano, separado dos demais estabelecimentos, e caracterizar-se pela ausência de obstáculos físicos contra a fuga.

Art. 95. Em cada região haverá, pelo menos, uma Casa do Albergado, a qual deverá conter, além dos aposentos para acomodar os presos, local adequado para cursos e palestras.

Parágrafo único. O estabelecimento terá instalações para os serviços de fiscalização e orientação dos condenados.

Da mesma forma do que ocorre com as demais hipóteses de regime prisional, o regime aberto, na *prática*, é muito diferente da sua previsão teórica. Anotam-se duas diferenças essenciais:

1) Existência de pouquíssimas casas de albergado no país. Por exemplo, São Paulo, o Estado mais rico e populoso da federação, e que possui a maior população carcerária, não tem nenhuma³³² (apesar de ter sido o Estado pioneiro na concepção desse tipo de regime prisional³³³).

2) Diante da inexistência de casas do albergado no país, consolidou-se a utilização do regime de prisão albergue domiciliar, originalmente destinada exclusivamente a condenados maiores de 70 anos, condenados acometidos de doença grave, sentenciadas

³³² Criticando a situação, cf. NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena*. 7ªed. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2015, p.277.

³³³ Cf. REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de Direito Penal: Parte Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.345 e ss.

com filho menor ou deficiente físico ou mental e condenada gestante (artigo 117 da Lei de Execução Penal).

Embora fixada a prisão albergue domiciliar devido à ausência de casa de albergado, ainda assim o sentenciado fica obrigado a cumprir as condições do artigo 115 da Lei de Execução. No entanto, o cumprimento de pena em prisão albergue domiciliar, sobretudo diante da falta de fiscalização, diminui drasticamente a severidade da pena prisional que, paradoxalmente, pode ficar mais branda do que penas restritivas de direitos, o que configura uma clara distorção do sistema.

Nota-se que a menção às distorções entre a previsão teórica e a realidade prática dos regimes prisionais é particularmente importante em um estudo sobre seletividade. De fato, a diferença entre estabelecimentos prisionais e a enorme discricionariedade do Poder Executivo em determinar qual preso vai para qual estabelecimento, sobretudo no cumprimento de pena em regime fechado, também é um fator que potencializa a seletividade do sistema penal.

d) *Quarta etapa*: avaliação da possibilidade da substituição da pena privativa de liberdade por pena(s) restritiva(s) de direitos, pena de multa ou pena restritiva de direitos e multa.³³⁴

O regramento tanto das hipóteses de incidência das penas restritivas de direitos quanto de suas diversas modalidades, assim como o da multa, está nos artigos 43 a 52 do Código Penal, lembrando-se que essa etapa do cálculo de pena também se vale das circunstâncias judiciais (cf. artigo 59, inciso IV do Código Penal), o que dá margem a grande discricionariedade judicial nessa seara.³³⁵

No Código Penal, são previstas as seguintes penas restritivas de direitos, cf. artigo 43:

³³⁴ Para a análise das medidas contrasseletivas quanto à substituição ou não da pena de prisão por restritiva(s) de direitos e/ou multa, cf. tópico 5.2. infra.

³³⁵ “O critério para a substituição da pena privativa de liberdade é o mesmo que orienta toda a dosimetria da pena: o juiz deve analisar a reprovabilidade do fato e do seu autor e a partir dos requisitos legais verificar se a substituição é suficiente, o juiz deverá considerar a mesma reprovabilidade da conduta para escolher quais penas restritivas se amoldam ao fato e ao seu autor.” (FRANCO, José Henrique Kaster. *Funções da pena e individualização*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p.192).

As penas restritivas de direitos são:

I - prestação pecuniária;

II - perda de bens e valores;

III - limitação de fim de semana.

IV - prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas;

V - interdição temporária de direitos;

VI - limitação de fim de semana.

Merece destaque, igualmente, o artigo 44, que prevê as hipóteses de incidência das penas restritivas de direitos:

As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

I – aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos;

II – o réu não for reincidente em crime doloso;

III – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.

§ 1º (VETADO)

§ 2º Na condenação igual ou inferior a um ano, a substituição pode ser feita por multa ou por uma pena restritiva de direitos; se superior a um ano, a pena privativa de liberdade pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos.

§ 3º Se o condenado for reincidente, o juiz poderá aplicar a substituição, desde que, em face de condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime.

§ 4º A pena restritiva de direitos converte-se em privativa de liberdade quando ocorrer o descumprimento injustificado da restrição imposta. No cálculo da pena

privativa de liberdade a executar será deduzido o tempo cumprido da pena restritiva de direitos, respeitado o saldo mínimo de trinta dias de detenção ou reclusão.

§ 5º Sobrevindo condenação a pena privativa de liberdade, por outro crime, o juiz da execução penal decidirá sobre a conversão, podendo deixar de aplicá-la se for possível ao condenado cumprir a pena substitutiva anterior.

Também são encontradas normas específicas em leis especiais sobre o tema, destacando-se o Código de Trânsito Brasileiro (artigos 292 a 297), a Lei de Drogas (artigo 28 e 29) e a Lei de Crimes Ambientais (artigos 7º a 13), que inclusive prevê penas restritivas de direitos para pessoas jurídicas (artigos 21 a 24).

Outra modalidade de pena alternativa à prisão é a multa substitutiva, que difere da multa prevista exclusivamente ou cumulativamente no tipo penal na medida em que tal multa, como o próprio nome diz, pode substituir a pena de prisão de até um ano, cf. previsto no artigo 44, parágrafo 2º do Código Penal, acima descrito.

Estão previstos critérios especiais para o cálculo da multa (tanto a cumulativa como a substitutiva) nos artigos 49 a 52 e 60 do Código Penal, mas a escolha por essa modalidade de pena (no caso da multa substitutiva) também é regrada pelas circunstâncias judiciais (cf. artigo 59, inciso IV do Código Penal), o que confere grande discricionariedade ao julgador.

Todavia, o cálculo da multa possui um parâmetro importante de fixação do valor, qual seja, conforme disposto em lei artigo 60 do Código Penal, “o juiz deve atender, principalmente, à situação econômica do réu”. Assim, valendo-se do lapso de valor previsto no artigo 44, “caput” (mínimo, de 10 (dez) e, no máximo, de 360 (trezentos e sessenta) dias-multa), e parágrafo 1º (“o valor do dia-multa será fixado pelo juiz não podendo ser inferior a um trigésimo do maior salário mínimo mensal vigente ao tempo do fato, nem superior a 5 (cinco) vezes esse salário”), a multa deve ser fixada com enfoque principal na situação econômica do condenado.

A doutrina, ao que parece majoritária, sustenta que, para conciliar os parâmetros do cálculo de pena com a previsão do artigo 60, deve ser calculado o valor do dia-multa com base na situação econômica do réu e o número de dias-multa com base nas

regras do cálculo do montante da pena privativa de liberdade (três fases do cálculo).³³⁶ A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, todavia, sustenta que o número de dias multa deve ser fixado com base apenas no artigo 59 do Código Penal, ficando o valor dos dias-multa baseado na situação econômica do réu.³³⁷

De todo o modo, o Código Penal ainda dispõe de dispositivo importante sobre a multa, quais seja, o artigo 60, parágrafo 1º: “A multa pode ser aumentada até o triplo, se o juiz considerar que, em virtude da situação econômica do réu, é ineficaz, embora aplicada no máximo”. Tal norma tem potencial contrasseletivo, já que permite uma punição monetária mais igualitária, na medida em que autoriza uma punição monetária maior para quem tem mais dinheiro. Apenas critica-se que o valor alcançado pelo cálculo da multa pode ser muito alto para alguém particularmente miserável e excessivamente brando para alguém muito rico, mesmo triplicando-se o valor³³⁸, o que poderia ser revisto em eventual alteração legislativa.

Nota-se que as terceira e quarta etapas do cálculo da pena são essenciais, pois se referem a aspecto fundamental da sanção para o apenado, qual seja, saber se ele vai efetivamente para a prisão e para qual tipo de prisão. Embora haja uma vinculação entre a duração da pena e a sua modalidade (não é possível a substituição por penas restritivas de direitos se a sanção prisional for superior a quatro anos), é certo que a sanção prisional de curta duração tende a ser mais gravosa do que uma pena não privativa de liberdade mais longa, devido não só à gravidade da sanção em si, mas também pelo aspecto fortemente estigmatizador da pena prisional.

Dessa feita, a modalidade de pena a ser efetivamente cumprida pode ser até mais relevante do que o montante da pena em si, de modo a demandar especial atenção por parte dos operadores e teóricos do direito.

³³⁶ Cf. exemplificativamente, NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena*. 7ªed. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2015, p.150-151; AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Aplicação da pena*. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria Advogado, 2013, p.51-52. Em sentido contrário, sustentando que tanto o valor quanto número de dias-multa deverão ser fixados com base na situação econômica do condenado, cf. REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de Direito Penal: Parte Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.414.

³³⁷ FRANCO, José Henrique Kaster. *Funções da pena e individualização*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p.193 (o autor cita os seguintes julgados do STJ: HC 144.299/PR, HC 194.326/RS, HC 132.351/DF e Resp 897.786/RS).

³³⁸ Criticamente, cf. GALVÃO, Fernando. *Aplicação da pena*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p.128.

3.2. Discricionariedade, subjetividade e seletividade no cálculo da pena

Como visto, o ordenamento brasileiro possui um grande número de regras delimitando as quatro etapas do cálculo da sanção penal. Todavia, o manancial normativo não impede a existência de *espaços de grande vagueza interpretativa* que, aliás, são praticamente impossíveis de se evitar em um sistema que, corretamente, prevê penas não fixas, únicas aptas à efetivação do já mencionado princípio constitucional da individualização da pena.

Com efeito, superando os sistemas de pena absolutamente indeterminada e de pena fixa³³⁹, o ordenamento jurídico brasileiro segue o *sistema de determinação relativa da pena*³⁴⁰, no qual o legislador apenas oferece balizas ao julgador, que atua com bastante *discricionariedade* dentro dessas balizas, objetivando a individualização da pena.³⁴¹ Tais balizas são constituídas, como visto, por dispositivos bastante abertos, de modo a não tolher em demasia o espaço de atuação do julgador.³⁴²

Assim, embora o julgador deva sempre fundamentar suas decisões, de modo a possibilitar o controle da atividade jurisdicional e a impugnação via recurso³⁴³, é certo que

³³⁹ Para uma análise histórica dos sistemas de determinação da pena, cf. AVALOS RODRÍGUEZ, Constante Carlos. *Breves apuntes sobre la determinación judicial de la pena*. In: *Dogmática penal del tercer milenio: libro homenaje a los profesores Eugenio Raúl Zaffaroni y Klaus Tiedemann*. Coordenação de Constante Carlos AVALOS RODRÍGUEZ, Alejandro Emilio QUISPE VILLANUEVA. Lima: Ara, 2008, p.949-957.

³⁴⁰ Tal sistema “representa a busca de um equilíbrio entre a determinação da pena conferida ao julgador e o legalismo extremo, entre as exigências de segurança jurídica e uma individualização justa da pena.” (AVALOS RODRÍGUEZ, Constante Carlos. *Breves apuntes sobre la determinación judicial de la pena*. In: *Dogmática penal del tercer milenio: libro homenaje a los profesores Eugenio Raúl Zaffaroni y Klaus Tiedemann*. Coordenação de Constante Carlos AVALOS RODRÍGUEZ, Alejandro Emilio QUISPE VILLANUEVA. Lima: Ara, 2008, p.954-955, tradução livre).

³⁴¹ SOUZA, Luciano Anderson de. *Comentários aos artigos 59 ao 82*. In: REALE JÚNIOR, Miguel (coord.) *Código Penal Comentado*. São Paulo: Saraiva, 2017, p.191-192. Conforme explana MIGUEL REALE JÚNIOR, a “Reforma Penal de 1984 tornou mais amplo o poder discricionário do juiz, acentuando, a cada passo, a tarefa de individualização da sanção penal, repetindo, em diversos momentos, os critérios de que deve lançar mão o magistrado na escolha da justa medida.” (REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de Direito Penal: Parte Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.405).

³⁴² Afirmando que, ao fixar a pena, o julgador se vale de “discricionariedade juridicamente vinculada”, na qual, “dentro dos parâmetros legais”, o “Juiz pode fazer as suas opções, para chegar a uma aplicação justa da lei penal, atendendo as exigências da espécie concreta, isto é, as suas singularidades, as suas nuances objetivas e principalmente a pessoa a que a sanção se destina”, cf. LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991, p.38.

³⁴³ SOUZA, Luciano Anderson de. *Comentários aos artigos 59 ao 82*. In: REALE JÚNIOR, Miguel (coord.) *Código Penal Comentado*. São Paulo: Saraiva, 2017, p.194. Sobre o dever de motivação no cálculo de pena, cf. SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JÚNIOR, Alceu. *Teoria da Pena*. São Paulo: RT, 2002, p.270-277.

ele possui ampla discricionariedade na qual viceja evidente *subjetivismo na interpretação, das diversas facetas do cálculo da pena.*

Nota-se que o “*mote*” da legislação brasileira referente à individualização da pena é buscar a adaptação da sanção ao indivíduo sancionado, de modo a sobrevalorizar as circunstâncias subjetivas do agente, alargando-se o poder discricionário do julgador. Nesse sentido, afirmam os autores do anteprojeto que deu origem à Parte Geral do Código Penal vigente:

Torna-se um *mote* a referência às circunstâncias, mormente às subjetivas, as quais cumpre o juiz recorrer para fixar sua opção por esta ou aquela modalidade de pena, por este ou aquele regime de cumprimento da pena, bem como com relação à quantidade da pena. O alargamento do poder discricionário do magistrado é aliás decorrência obrigatória da criação de um leque de opções, graças às penas substitutivas, a exemplo do que ocorreu na legislação italiana com a lei de novembro de 1981, Lei nº 689, considerando o mestre Nuvolone ser “uma nota característica desta reforma a ampliação do poder discricionário do juiz”, uma discricionariedade motivada.³⁴⁴

Como reflexo claro da relevância das circunstâncias subjetivas no cálculo de pena, temos como circunstâncias preponderantes aquelas de cunho subjetivo, quais sejam, “as que resultam dos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da reincidência” (artigo 67 do Código Penal).³⁴⁵ Além disso, destaca-se a enorme importância da “reincidência”, circunstância subjetiva, no cálculo e execução da pena (p. ex. definição de regime inicial, lapso maior para progredir de regime no caso de crime hediondo e de obter livramento condicional).

³⁴⁴ REALE JÚNIOR, Miguel; DOTTI, René Ariel; ANDREUCCI, Ricardo Antunes; PITOMBO, Sérgio de Moraes. *Penas e Medidas de Segurança no Novo Código*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p.159. Dos autores dessa obra, o único que não participou da realização do anteprojeto da Parte Geral do Código Penal, vigente a partir de 1984, foi SÉRGIO DE MORAES PITOMBO. Sobre o histórico da Reforma Penal de 1984, cf. PIERANGELI, José Henrique. *Códigos Penais do Brasil: Evolução histórica*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2004, p.84-90.

³⁴⁵ Sobre o tema “circunstâncias preponderantes”, cf. BOSCHI, José Antonio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 7ªed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p.241-242; CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p.440-442; ROSSETO, Enio Luiz. *Teoria e aplicação da pena*. São Paulo: Atlas, 2014, p.161-163; NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena*. 7ªed. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2015, p.254-258.

Dessa forma, temos a seguinte situação: o cálculo de pena valoriza o *subjetivismo do julgador* para alcançar a individualização da pena adequada à *subjetividade do agente* condenado.

Sendo assim, a discricionariedade conferida pela lei potencializa o subjetivismo do julgador. O objetivo de ajustar a pena à individualidade do sujeito apenado se vale de conceitos extremante abertos, como “personalidade” e “conduta social”, aptos a interpretações díspares e muito subjetivas por parte dos julgadores. Paradoxalmente, a busca por ajustar a pena à individualidade do sujeito apenado acaba revelando, no momento da sentença, mais a individualidade do próprio julgador do que a individualidade do condenado.

Seguindo a lógica de conferir discricionariedade para o julgador efetuar a individualização da pena, podemos observar que a jurisprudência quanto ao cálculo de pena normalmente se preocupa mais com os aspectos formais do cálculo do que com o conteúdo dos argumentos usados para agravar ou atenuar a pena. Nessa toada, “as nulidades mais frequentes são decorrentes da ausência de fundamentação e da sobreposição ou supervalorização das circunstâncias incriminadoras (*bis in idem*)”.³⁴⁶ Nota-se uma preocupação menor em controlar a delimitação do conteúdo de dispositivos com abertura semântica ou vagueza conceitual - com exceção, talvez, do conceito de “maus antecedentes”, objeto de grande escrutínio pela doutrina e jurisprudência.³⁴⁷

Justamente por conta da abertura semântica dos dispositivos que permitem a individualização da pena, encontramos diversas interpretações doutrinárias e jurisprudenciais que catalisam a seletividade do sistema penal. Por regra, *quanto mais aberto o regramento legal, quanto mais sujeito à subjetividade do aplicador, mais apto à ocorrência de seletividade*, como é o caso da fixação da pena-base (1ª fase do cálculo do montante da pena privativa de liberdade) e do regime inicial de cumprimento de pena, que se valem do “aberto” artigo 59 do Código Penal.

Frisa-se, por oportuno, que a discricionariedade regrada, por si só, não é um mal, sendo essencial para a correta individualização da pena como, aliás, se sustentará no

³⁴⁶ CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p.291.

³⁴⁷ Cf. tópico 5.1.3. infra.

presente trabalho.³⁴⁸ A discricionariedade, todavia, dá margem a subjetivismos por parte do julgador, sobretudo quando esse anseia adequar a pena mais à subjetividade do condenado do que as peculiaridades do fato criminoso, o que fornece terreno fértil para surgir diferenciações arbitrárias configuradoras da seletividade penal.

Nota-se que *mesmo dispositivos com aplicação mais clara, mais “fechada”,* como as agravantes, atenuantes, causas de aumento e diminuição da pena (2ª e 3ª fases do cálculo do montante da pena privativa de liberdade) e a substituição ou não por pena(s) restritiva(s) de direitos ou multa, *podem dar ensejo a aplicações seletivas da sanção penal.* Como dito, as agravantes e atenuantes, assim como as circunstâncias judiciais e diferentemente das causas de aumento e diminuição, não preveem o quanto de pena será aumentado e diminuído quando da incidência no caso concreto, o que também dá margem à subjetividade.³⁴⁹

É certo que teríamos como norte teórico para aplicação das penas os estudos desenvolvidos na área das *finalidades da pena*.³⁵⁰ No entanto, no âmbito da práxis brasileira, as finalidades da pena não têm conseguido orientar, com a segurança jurídica necessária, o cálculo da pena, sobretudo diante da amplitude de finalidades previstas em lei e também da pouca importância dada pelos operadores do direito que, à míngua de um marco normativo claro, muitas vezes se movem de maneira intuitiva, portanto, de modo pouco fundamentado, ao abordar as finalidades da sanção penal.

Sem adentrar na importante e tormentosa questão teórica das finalidades das penas³⁵¹, aberta a intermináveis discussões e que demandaria trabalho(s) específico(s), e

³⁴⁸ Cf. capítulo 5. *Infra*.

³⁴⁹ Cf. tópico 5.1.6. *infra*.

³⁵⁰ Nesse sentido, cf. FRANCO, José Henrique Kaster. *Funções da pena e individualização*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p.65 e ss.; BARREIROS, Yvana Savedra de Andrade. *Individualização da pena: um desafio permanente*. Curitiba: Juruá, 2009, p.45; AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Aplicação da pena*. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria Advogado, 2013, p.78; ROSSETO, Enio Luiz. *Teoria e aplicação da pena*. São Paulo: Atlas, 2014, p.115-116; GALVÃO, Fernando. *Aplicação da pena*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p.119. Fazendo um paralelo entre a política criminal legislativa, os fins das penas e a teoria da determinação da pena, cf. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Política criminal y determinación de la pena*. In: *Doctrina Penal: teoría y práctica en las ciencias penales*, Buenos Aires, v. 1, 1/4, 1978, p.41-69. Afirmando que a “individualização judicial da pena não é mais do que a concretização da teoria dos fins das penas”, cf. FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *Retribución y prevención general: Um estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del Derecho Penal*. Montevidéo/Buenos Aires: D de F, 200, p.677, tradução livre.

³⁵¹ A bibliografia sobre o tema é vastíssima. Exemplificativamente, em nível monográfico, cf. FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *Retribución y prevención general: Um estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del Derecho Penal*. Montevidéo/Buenos Aires: D de F, 2007; ALCÁCER GUIRAO, Rafael. *Los*

que certamente influencia o cálculo de pena, verifica-se no plano normativo brasileiro que o artigo 59 do Código Penal orienta a fixação da pena “conforme seja *necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime*”. Soma-se a essa previsão legal o disposto no artigo 1º da Lei de Execução Penal: “A execução penal tem por objetivo *efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.*”

Dessa feita, em face do ordenamento brasileiro é, em tese, possível justificar que a finalidade da pena como sendo retribuição, em suas diversas acepções (reprovação ética, jurídica etc.), e prevenção, tanto geral quanto especial, nos seus aspectos negativo e positivo, sendo necessário um esforço hermenêutico colossal para conciliar tais finalidades; esforço esse que pode ser sempre contraposto por outros raciocínios igualmente compatíveis com o marco legal, de maneira que o intérprete não possui um norte seguro para aplicação das penas.³⁵²

Constata-se que, na prática forense brasileira, as finalidades da pena são usadas como recurso hermenêutico aberto para justificar qualquer posição. É fácil encontrar decisões que, sem qualquer rigor teórico, apenas repetindo o texto legal, justificam agravamentos e atenuações da sanção por se tratar de medida “necessária e suficiente para reprovação e prevenção do crime”, ou medida apta à “ressocialização do agente”. Também são encontradas, com frequência, decisões que simplesmente ignoram as finalidades das penas.³⁵³

Ademais, focando-se no tema do presente trabalho, pondera-se que as diferentes finalidades conferidas às penas igualmente permitem uma aplicação seletiva da

finis del derecho penal: una aproximación desde la filosofía política. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004; FALCÓN Y TELLA, María José; FALCÓN Y TELLA, Fernando. *Fundamento e Finalidade da Sanção*. Trad. Claudia de Miranda Avena. São Paulo: RT, 2008; QUEIROZ, Paulo de Souza. *Funções do Direito Penal*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2005; MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da Pena*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008; JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. *Finalidades da Pena*. Barueri: Manole, 2004; BICUDO, Tatiana Viggiani. *Porque Punir? Teoria Geral da Pena*. São Paulo: Saraiva, 2010; COSTA, Helena Regina Lobo da. *A dignidade Humana: Teorias de prevenção geral positiva*. São Paulo: RT, 2008; SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Finalidades da Pena: Conceito Material de Delito e Sistema Penal Integral*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

³⁵² Destacando que o sincretismo legal brasileiro no tocante às finalidades das penas ocasiona dificuldades ao aplicador da lei penal, cf. SOUZA, Luciano Anderson de. *Comentários aos artigos 59 ao 82*. In: REALE JÚNIOR, Miguel (coord.) *Código Penal Comentado*. São Paulo: Saraiva, 2017, p.198-199.

³⁵³ Nesse sentido, cf. MACHADO, Fábio Guedes de Paula. *Culpabilidade no Direito Penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p.306.

sanção penal. De fato, as diferenciações arbitrárias, configuradoras de seletividade, podem sempre ser “justificadas” em aspectos “retributivos” e, de forma mais comum, “preventivos” da sanção penal, sobretudo diante da falta de rigor técnico na consideração de tais finalidades da pena. A “prevenção especial positiva” ou “ressocialização”, já mencionada nesse trabalho³⁵⁴ e que terá o seu estudo ainda aprofundado³⁵⁵, por exemplo, normalmente considerada no âmbito da execução penal, por vezes é usada no momento da aplicação da pena como argumento para atenuação da punição de pessoas tidas como “socializadas” ou agravamento da pena de pessoas tidas como “dessocializadas”³⁵⁶, o que é indubitavelmente seletivo.³⁵⁷

Estudando-se a dogmática da fixação da pena, verifica-se que existem diversas propostas teóricas da doutrina objetivando fornecer parâmetros mais claros, sistematizados e racionalmente justificados para o cálculo do montante da sanção. Conforme explica ADRIANO TEIXEIRA, trata-se de

diversas teorias e modelos que procuram descrever o caminho correto a ser percorrido pelo magistrado na determinação da sanção concreta, com o cotejo das diferentes - e muitas vezes divergentes - finalidades atribuídas à pena (a chamada “antinomia dos fins da pena”). Esses diferentes modelos tentam especificar que ordem de fatores - referidos à culpabilidade (ao delito) ou relacionados a considerações de prevenção - deve ser evocado e de que modo esses fatores devem ser manejados para fixar a sanção final.³⁵⁸

Tais propostas, desenvolvidas sob marcos normativos ainda mais abertos do que o brasileiro³⁵⁹, se valem de sofisticados raciocínios jurídicos. Podem ser mencionados, exemplificativamente³⁶⁰ e de forma muito perfunctória, as seguintes teorias:

³⁵⁴ Cf. item I 2.2. supra.

³⁵⁵ Cf. tópico 4.3.3. infra.

³⁵⁶ Sobre a individualização judicial da pena e a ressocialização, compilando diversos julgados nos quais a finalidade de ressocialização foi usada para agravar a pena, cf. VALOIS, Luís Carlos. *Conflito entre ressocialização e princípio da legalidade penal* (dissertação de mestrado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2012, p.122-127.

³⁵⁷ Em sentido similar, DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia: O Homem Delinquente e a Sociedade Criminógena*. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p.550-552.

³⁵⁸ TEIXEIRA, Adriano. *Teoria da Aplicação da pena: Fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p.22.

³⁵⁹ Informa GUILHERME DE SOUZA NUCCI que, “no geral, nota-se maior discricionariedade do juiz estrangeiro para a fixação da pena.” “Embora o magistrado brasileiro, também possa aplicar a pena valendo-se de

a) *teoria do espaço livre* ou *do espaço de jogo*: dominante na doutrina e jurisprudência alemãs, segundo a qual não seria possível determinar a exata medida da pena correspondente à gravidade do fato, mas apenas um lapso de pena que seria compatível com a culpabilidade no caso concreto, mais estreito do que o máximo e o mínimo em abstrato, sendo concedido ao juiz um espaço livre, no marco da culpabilidade, para fixar a pena com critérios preventivos.³⁶¹

b) *teoria dos níveis* ou *valor do emprego*: para essa teoria, o montante da pena deveria refletir a gravidade do crime, devendo a modalidade da sanção ser escolhida com base em finalidades de prevenção (geral ou especial).³⁶²

c) *teoria da retribuição da culpabilidade* ou *da pena exata*: de acordo com essa teoria, não haveria ao julgador qualquer margem discricionária para modular a pena segundo fins preventivos, sendo a retribuição da culpa o único parâmetro para fixação da pena.³⁶³

discricionariade juridicamente vinculada, tem maiores limitações, até por que há maior número de fatores para considerar.” (NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena*. 7ªed. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2015, p.79-80). Por exemplo, o Código Penal alemão, em seu §46 e seguintes, regra o tema de maneira bem menos pormenorizada. Cf. DECOIMAN, Pedro Roberto. *Código Penal Alemão: tradução, comparação e notas*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2014, p.175 e ss.

³⁶⁰ Para uma análise ampla sobre modelos teóricos europeus sobre as teorias da determinação da pena, cf. STOCO, Tatiana de Oliveira. *Personalidade do agente na fixação da pena*. São Paulo: RT, 2014, p.106-126; TEIXEIRA, Adriano. *Teoria da Aplicação da pena: Fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p.35-70; DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal Português: as consequências jurídicas do crime*. T.2. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p.185-255; SANTOS JÚNIOR, João Bosco Leite dos. *Crítérios jurídico-normativos na determinação da pena - análise dos discursos em torno da finalidade da punição*. Dissertação de Mestrado: Universidade de São Paulo, 2014, p.107-121.

³⁶¹ TEIXEIRA, Adriano. *Teoria da Aplicação da pena: Fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p.37-51; STOCO, Tatiana de Oliveira. *Personalidade do agente na fixação da pena*. São Paulo: RT, 2014, p.115-119.

³⁶² TEIXEIRA, Adriano. *Teoria da Aplicação da pena: Fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p.51-55; STOCO, Tatiana de Oliveira. *Personalidade do agente na fixação da pena*. São Paulo: RT, 2014, p.112-115. Sustentando tal posição no Brasil, cf. SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JÚNIOR, Alceu. *Teoria da Pena*. São Paulo: RT, 2002, p.263. Analisando e criticando a teoria do valor do emprego, cf. ROXIN, Claus. *Prevención y determinación de la pena*. Trad. Francisco Muños Conde. In: *Doctrina Penal*, nº9-12, 1980, p.239-263.

³⁶³ TEIXEIRA, Adriano. *Teoria da Aplicação da pena: Fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p.55-56; STOCO, Tatiana de Oliveira. *Personalidade do agente na fixação da pena*. São Paulo: RT, 2014, p.119-120.

d) *teoria da proporcionalidade pelo fato*³⁶⁴: no tocante à aplicação da pena, seguindo-se a concepção de TATJANA HÖRNLE³⁶⁵, a sanção deve refletir apenas a dimensão do injusto culpável, levando em consideração, para fixação da pena, apenas os fatores vinculados ao conceito material de delito.³⁶⁶ Assim, aspectos graduáveis do injusto penal e da culpabilidade devem ser levados em consideração para aferir a pena proporcional ao fato, inferindo-se da teoria do delito aspectos que se refletem na fixação da pena. Ressalva-se que a referida autora não se afasta por completo de finalidades preventivas da pena, defendendo que a sanção tem uma função expressiva legitimadora, na medida em que “estabelece uma comunicação moral com o autor, com a vítima e com a sociedade”³⁶⁷, o que sustenta uma sofisticada teoria de cunho preventivo geral positivo.

Fugiria do objeto do presente trabalho esmiuçar as diversas teorias, assim como as críticas desenvolvidas para cada uma delas. O que pode ser dito, nos limites da presente exposição é que, embora meritórios os esforços para orientar a fixação da sanção, nota-se que nenhuma das posições pode ser tida como vinculante tendo como base o marco normativo brasileiro. Ressalta-se, da mesma forma, que falta uma maior preocupação no sentido de impedir ou ao menos dificultar que a pena a ser fixada tenha caráter seletivo.

Nesse contexto, independentemente da teoria que se siga, sustenta-se que o intérprete deve se atentar, no momento da fixação da pena, para diminuir ou ao menos

³⁶⁴ Sobre a teoria da pena proporcional ao fato, abordando profundamente os diversos aspectos e autores que a sustentam, cf. FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *Individualización de la pena y teoría de la pena proporcional al hecho*. In: *Indret Revista para el análisis del derecho*. Barcelona, nº403, janeiro de 2007 (www.indret.com), p.1-20; PERALTA, José Milton. *Dogmática del hecho punible, principio de igualdad y justificación de segmentos de pena*. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: RT, nº 82, janeiro-fevereiro de 2010, p.88-128; TEIXEIRA, Adriano. *Teoria da Aplicação da pena: Fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p.59-176. SILVA-SÁNCHEZ sustenta algo próximo a tal teoria quando sustenta que “a teoria da determinação da pena deve manifestar-se como a dimensão quantitativa (ou de grau) de um sistema da teoria do delito.” (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo*. In: *Indret Revista para el análisis del derecho*. Barcelona, abril de 2007 (www.indret.com), p.2 e ss.)

³⁶⁵ HÖRNLE, Tatjana. *La concepción anticuada de la culpabilidad en la jurisprudencia y doctrina tradicionales de la medición de la pena*. In: *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Madrid, v. 54, jan./dez. 2001, p.401-429.

³⁶⁶ STOCO, Tatiana de Oliveira. *Personalidade do agente na fixação da pena*. São Paulo: RT, 2014, p.106-112.

³⁶⁷ TEIXEIRA, Adriano. *Teoria da Aplicação da pena: Fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p.66.

evitar aumentar a seletividade do sistema penal, valendo-se das medidas contrasseletivas como instrumental apto para tanto.³⁶⁸

No ordenamento jurídico brasileiro verificam-se normas abertas de cálculo de pena delimitadas por finalidades da pena igualmente amplas (reprovação e prevenção). A falta de objetividade e, conseqüentemente, o grande subjetivismo na interpretação das circunstâncias, em sentido lato, que agravam e atenuam a pena, assim como determinam o tipo da pena a ser cumprida, é o principal fator de seletividade no cálculo da sanção penal. É premente a necessidade de racionalização do cálculo de pena, de modo a evitar a seletividade inerente ao uso de termos abertos, mas também presente no uso de termos mais fechados.

Assim sendo, torna-se imperiosa uma releitura contrasseletiva da aplicação da pena, já que se encontra, nessa seara, enorme seletividade prática, devido à abertura interpretativa existente. Nota-se de além de uma afronta ao princípio da igualdade, devido ao incremento da seletividade, a abertura interpretativa gera afronta ao princípio da legalidade, pois a lei deixa de ser “clara” e “certa”.³⁶⁹

Do ponto de vista legislativo (*lege ferenda*), seria importante uma maior atenção para evitar a existência de termos demasiadamente abertos, que dão margem à discricionariedade excessiva do intérprete. Conforme pondera AMÉRICO BEDÊ JÚNIOR:

A redução (eliminação é impossível) da possibilidade de discricionariedade na fixação da pena é uma garantia do réu e da sociedade. É claro que é impossível congelar uma interpretação ou fixar *a priori* todas as interpretações possíveis de um texto, mas, na medida do possível, devem ser utilizados conceitos

³⁶⁸ Cf. capítulos 4 e 5 infra.

³⁶⁹ “Logicamente que o diagnóstico acerca da abertura das estruturas típicas não esvazia o princípio da legalidade da sua importante função política de garantia.” “De igual forma, perceber que os tipos apresentam aberturas intrínsecas em decorrência de estarem condicionados pela vagueza inerente à linguagem natural não permite que todas as normas jurídico-penais sejam analisadas da mesma forma.” “Se um certo nível de anemia significativa é inerente à própria legalidade, o procedimento de elaboração legislativa (criminalização primária), o controle de constitucionalidade das leis penais e os critérios de interpretação judicial (criminalização secundária) devem ser orientados à máxima redução possível dos horizontes de ambigüidade e de vagueza, pois, quanto menores forem os espaços de incerteza, menores serão os de arbítrio judicial.” (CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p.331).

determinados e baseados no fato praticado e não na pessoa do réu para a ampliação de sua condenação.³⁷⁰

Já do ponto de vista do aplicador do direito (*lege data*), no capítulo 5 serão abordadas algumas possibilidades de aplicação prática de medidas contrasseletivas no âmbito da determinação da pena, tendo como norte a concretização de um sistema penal mais igualitário.

3.3. Excurso: direito penal do autor e periculosidade de imputáveis como herança do positivismo criminológico e seletividade

Antes de abordar as medidas contrasseletiva em geral e no âmbito do cálculo de pena em particular, é necessário destacar um aspecto criminológico e de política criminal fundamental que permeia essa seara e potencializa a seletividade do sistema penal: a persistência de traços de direito penal do autor e da periculosidade imputáveis, que são herança do positivismo criminológico.³⁷¹

Inicialmente é importante pontuar a distinção entre direito penal do fato e direito penal do autor. Segundo esclarece CLAUS ROXIN,

por *direito penal do fato* se entende uma regulação legal, em virtude da qual a punibilidade se vincula a uma ação concreta (ou à soma de várias ações do tipo) e a sanção representa somente a resposta à conduta individual, e não a toda condução de vida do autor ou aos perigos que, no futuro, se esperam do mesmo.³⁷²

³⁷⁰ BEDÊ JÚNIOR, Américo. *Contra a dosimetria baseada no autor ou no modo de vida: dosimetria da pena pelo fato: Procasto e segurança jurídica*. In: BEDÊ JÚNIOR, Américo; CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós (coords.). *Sentença criminal e aplicação da pena: ensaios sobre discricionariedade, individualização e proporcionalidade*. Salvador: Juspodivm, 2017, p.83-84.

³⁷¹ A expressão “herança do positivismo criminológico” é usada por DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia: O Homem Delinquente e a Sociedade Criminógena*. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p.17-19 e ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão da segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, *passim*.

³⁷² ROXIN, Claus. *Derecho Penal: parte general*. 2ª ed. Diego Manuel Luzon Peña *et. al.* Madrid: Civitas, 2014, p.176 (tradução livre; destaque nosso).

Já no *direito penal do autor*, “a pena se vincula à personalidade do autor, ou seja, à sua associabilidade”, estando a pena, portanto, vinculada ao grau da associabilidade do autor.³⁷³

No tocante à determinação da pena, no direito penal do fato existe uma clara vinculação entre a pena e a medida da culpabilidade, relacionada à responsabilidade pelo fato praticado em suas particulares circunstâncias. Conforme expõe MARIÂNGELA GAMA DE MAGALHÃES GOMES,

de acordo com essa concepção, qual seja, a da culpabilidade pelo fato, verifica-se que esta recai, exclusivamente, sobre a conduta do agente, ou seja, sobre o comportamento humano que realiza um fato-crime. Em outras palavras, o juízo de reprovabilidade recai sobre o fato do agente, e não sobre o agente do fato. Esse entendimento sustenta-se na constatação empírica, pragmática, de que o agente, sendo dotado de certa capacidade de compreensão e de escolha, é culpável por um fato ilícito, na medida em que concretiza o injusto - quando podia ter agido de outro modo.³⁷⁴

Já no que concerne ao direito penal do autor, por outro lado, o que importa, prioritariamente, é a pessoa que praticou o fato, devendo a sanção se vincular à periculosidade do agente, mesmo sendo esse imputável.

Em que pese o direito penal atual, no âmbito do Estado Democrático de Direito, se inclinar decisivamente à concretização do direito penal do fato, encontramos em nosso sistema penal em geral, e no tocante à determinação da pena em particular, marcados traços de um direito penal do autor, o que propicia a potencialização da seletividade do sistema penal.

O direito penal do autor e a periculosidade de imputáveis são uma herança do positivismo criminológico que, na seara do cálculo de pena, se manifestam de forma muito intensa. Por exemplo, ENRICO FERRI, que pode ser considerado o autor mais relevante da

³⁷³ ROXIN, Claus. *Derecho Penal: parte general*. 2ª ed. Diego Manuel Luzon Peña *et. al.* Madrid: Civitas, 2014, p.177, tradução livre.

³⁷⁴ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *Periculosidade no direito penal contemporâneo*. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BOTTINI, Pierpaolo Cruz; PACHELLI, Eugênio. *Direito penal contemporâneo: questões controversas*. São Paulo: Saraiva, 2011, p.241.

escola positivista³⁷⁵, desenvolveu a ideia de determinismo criminal sistematizado por LOMBROSO, sustentando que o criminoso seria sempre um “anormal”, tendo agregado, à ideia de causas pessoais da criminalidade, causas sociais e ambientais, de maneira a contribuir para a classificação de criminosos que, para ele, poderiam ser nato, louco, habitual, ocasional e passional³⁷⁶, sendo que para cada perfil de criminoso seria destinada uma resposta penal diferente. A sanção, no caso, seria adequada à periculosidade do agente, reflexo de sua personalidade criminosa.³⁷⁷

O pensamento de FERRI é claramente diferenciador (portanto, seletivo), dando azo a um direito penal do autor, em detrimento de um direito penal do fato, típico de um pensamento tido por ele, pejorativamente, como sendo “clássico”.³⁷⁸ Destaca-se que o pensamento positivista se preocupa mais em investigar o criminoso do que o crime, que seria, nessa visão, um sintoma da periculosidade.³⁷⁹

O caráter diferenciador proposto pelo positivismo criminológico, que foi desenvolvido por diversas correntes etiológicas individuais³⁸⁰ com ampla aceitação na realidade brasileira³⁸¹, sustenta a necessidade de se adequar a pena às particulares

³⁷⁵ Sobre a relevância das ideias de FERRI, inclusive nos dias atuais, cf. AQUINO, Maria Paula Meirelles Thomaz de. *O pensamento de Enrico Ferri e sua herança na aplicação do Direito Penal no Brasil contemporâneo*. In: http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=227, consulta em 29 de abril de 2019.

³⁷⁶ Cf. FERRI, Enrico. *Princípios de Direito Criminal: o criminoso e o crime*. Trad. Luiz de Lemos D’Oliveira Campinas: Russel, 2009, p.236-251 (tradução de obra de 1931).

³⁷⁷ Cf. FERRI, Enrico. *Princípios de Direito Criminal: o criminoso e o crime*. Trad. Luiz de Lemos D’Oliveira Campinas: Russel, 2009, p.296 (tradução de obra de 1931).

³⁷⁸ A denominação “escola clássica” foi cunhada, de modo um tanto quanto pejorativo, por pensador que se contrapunha aos seus postulados, no caso, o positivista ENRICO FERRI. Todavia, tal nomenclatura caiu no agrado de representantes como FRANCESCO CARRARA, que chegaram a assumi-la (Cf. FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos; NÚÑES PAZ, Miguel Angel; Oliveira, William Terra; BRITO, Alexis de Couto. *Direito Penal Brasileiro: Parte Geral*. São Paulo, RT, 2011, p.128-129).

³⁷⁹ CARUSO FONTÁN, María Viviana. *El delincuente imputable y peligroso: Cuestiones de Política Criminal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014, p.24.

³⁸⁰ A tradição etiológica individual da criminalidade tem em comum o método indutivo e como norte teórico a possibilidade de encontrar na pessoa delinquente as causas de seu comportamento desviante. Para uma ampla análise do positivismo criminológico, seus diversos autores e correntes correlatas, cf. ANITUA, Gabriel Ignacio. *Histórias dos pensamentos criminológicos*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p.201-404. Substanciosa síntese, focando na subjetivação do direito penal, pode ser encontrada em STOCO, Tatiana de Oliveira. *Personalidade do agente na fixação da pena*. São Paulo: RT, 2014, p.21-57.

³⁸¹ Como exemplo de grandes juristas brasileiros influenciados por correntes etiológicas individuais, podemos citar ROBERTO LYRA (cf. LYRA, Roberto. *Comentários ao Código Penal*. V.II. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p.175-244) e ANÍBAL BRUNO (Cf. BRUNO, Aníbal. *Das penas*. Rio de Janeiro: Rio, 1976, *passim*). Mesmo NELSON HUNGRIA, crítico do positivismo criminológico, adotou alguns dos seus

condições subjetivas do indivíduo, dando ênfase maior (quando não exclusiva) à pessoa que praticou o crime, em detrimento da própria conduta praticada, tudo a pretexto de defender a sociedade de certos entes “perigosos”, em uma concepção organicista da sociedade e defensorista do direito penal.³⁸²

Nesse contexto, há uma clara instrumentalização da individualização da pena por essa concepção positivista defensorista social. Como alerta OSCAR MELLIM FILHO:

De garantia do réu contra uma pena excessiva, à vista de punição mais branda imposta a outro pela prática da mesma infração, sem levar em conta circunstâncias pessoais que lhe sejam favoráveis, a individualização passa a constituir, na verdade, oportuno dispositivo de seleção penal facultando ao juiz para optar por penas mais elevadas e regime carcerário mais rigoroso, com apoio em circunstâncias pessoais do acusado. Ter-se-ão, pois, penas distintas para pessoas distintas que tenham praticado o mesmo delito.³⁸³

O viés defensorista, herança do positivismo criminológico, justifica a exacerbção das metarregras de julgamento no tocante ao cálculo de pena, extremamente propícias a diferenciações arbitrárias³⁸⁴, configuradoras da seletividade do sistema penal. Nessa toada, bem resume VERA REGINA PEREIRA DE ANDRADE:

E se os mecanismos de seleção têm uma eficácia conformadora latente de todo o processo decisório (fixação do fato, qualificação jurídico-penal, individualização e quantificação da pena), levando em consideração a pessoa do autor mesmo ali onde a legislação penal proibiu fazê-lo, é importante observar que nas legislações penais, como a brasileira, em que, ao revés, a individualização da pena reenvia, expressamente, para a consideração de características relativas ao autor, como os “antecedentes”, a “conduta social” e a “personalidade” (art.59 do

postulados ao sustentar a periculosidade de imputáveis (cf. HUNGRIA, Nelson. *Métodos e critérios para avaliação da cessação de periculosidade*. Apêndice de *Comentários ao Código Penal*. V.III. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p.366-382). Sumarizando a influência do positivismo criminológico e das ideias de defesa social na legislação e no pensamento penal brasileiro, cf. STOCO, Tatiana de Oliveira. *Personalidade do agente na fixação da pena*. São Paulo: RT, 2014, p.59-93.

³⁸² CARUSO FONTÁN, María Viviana. *El delincuente imputable y peligroso: Cuestiones de Política Criminal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014, p.25-26.

³⁸³ MELLIM FILHO, Oscar. *Criminalização e Seleção no Sistema Jurídico Penal*. São Paulo: IBCCRIM, 2010, p.99.

³⁸⁴ Cf. tópico 1.2.2. supra.

Código Penal Brasileiro) a porta para o ingresso dos estereótipos fica “legalmente” aberta.³⁸⁵

Complementa a autora:

Quando esta herança, visível do instrumental criminológico positivista se faz legalmente presente, o potencial estereotipador se faz explícito, e não apenas latente, facilitando, por exemplo, a caracterização da “personalidade perigosa” do criminoso.³⁸⁶

Na prática forense é possível notar o uso diuturno de considerações advindas dessa herança positivista, como p. ex. a sustentação da existência de *periculosidade de imputáveis* como justificativa para decretação da prisão preventiva (no âmbito processual) ou para fixação de regime prisional fechado³⁸⁷ (no âmbito penal); em que pese desde a reforma penal de 1984 não exista mais previsão de medida de segurança para imputáveis, sendo tecnicamente equivocado falar em periculosidade para esse perfil de agente.

Na verdade, a periculosidade de imputáveis só se justifica sob uma ótica criminológica positivista ou correlata, pela qual o delito seria uma espécie de “sintoma” da “patologia” que fez o agente delinquir. Tal ótica é cientificamente insustentável³⁸⁸ e foi refutada pelos autores da reforma penal de 1984. Segundo afirma MIGUEL REALE JÚNIOR, os integrantes da comissão elaboradora da Reforma da Parte Geral de 1984, da qual ele fazia parte,

tinham firmada convicção de que o Direito Penal fincava alicerces na ideia da Culpa em sentido lato, ou seja, a *nulla poena sine culpa*. Assim, fosse o fim da pena retributivo ou de prevenção geral, positiva ou negativa, a culpabilidade deveria ser a razão de atribuição da ação típica reprovável ao agente, fundado o juízo de censura na análise das circunstâncias do fato ocorrido e jamais se tendo em vista as possíveis atitudes delituosas futuras. Por esses motivos, eliminou-se

³⁸⁵ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão da segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p.299.

³⁸⁶ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão da segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p.299.

³⁸⁷ Cf. Relatório da pesquisa “*Decisões judiciais nos crimes de roubo em São Paulo: a lei, o direito e a ideologia*”. São Paulo: IBCCrim / IDDD, 2005, p.44-51.

³⁸⁸ Para uma abordagem extensa sobre o desenvolvimento e os problemas aparentemente incontornáveis da periculosidade de imputáveis, ressaltando a sua existência em sistemas penais modernos, cf. CARUSO FONTÁN, María Viviana. *El delincuente imputable y peligroso: Cuestiones de Política Criminal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014, *passim*.

da Nova Parte Geral a referência à periculosidade, elegendo-se a culpabilidade como dado revelador do merecimento da pena, a ser individualizada a partir da reprovação que se avalia segundo os elementos indicados no art. 59 do Código Penal, ou seja, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, os motivos, as circunstâncias e consequências do crime, tudo de acordo com o necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime.³⁸⁹

Todavia, na própria exposição de motivos da parte geral de 1984, subscrita por IBRAHIM ABI-ACKEL, há referências à periculosidade de imputáveis.³⁹⁰ Cf. item 26, que se refere à excepcionalidade da pena de prisão:

Uma política criminal orientada no sentido de proteger a sociedade terá de restringir a pena privativa da liberdade aos casos de reconhecida necessidade, como meio eficaz de impedir a ação criminógena cada vez maior do cárcere. Esta filosofia importa obviamente na busca de sanções outras para delinquentes sem *periculosidade* ou crimes menos graves. Não se trata de combater ou condenar a pena privativa da liberdade como resposta penal básica ao delito. Tal como no Brasil, a pena de prisão se encontra no âmago dos sistemas penais de todo o mundo. O que por ora se discute é a sua limitação aos casos de reconhecida necessidade. (destaque nosso).

Cf. também o item 59 sobre os critérios do crime continuado:

O critério da teoria puramente objetiva não revelou na prática maiores inconvenientes, a despeito das objeções formuladas pelos partidários da teoria objetivo-subjetiva. O Projeto optou pelo critério que mais adequadamente se opõe ao crescimento da criminalidade profissional, organizada e violenta, cujas ações se repetem contra vítimas diferentes, em condições de tempo, lugar, modos de execução e circunstâncias outras, marcadas por evidente semelhança. Estender-lhe o conceito de crime continuado importa em beneficiá-la, pois o delincente profissional tornar-se-ia passível de tratamento penal menos grave que o dispensado a criminosos ocasionais. De resto, com a extinção, no Projeto, da medida de segurança para o imputável, urge reforçar o sistema destinando penas mais longas aos que estariam sujeitos à imposição de medida de segurança detentiva e que serão beneficiados pela abolição da medida. A Política Criminal atua, neste passo, em sentido inverso, a fim de evitar a libertação prematura de

³⁸⁹ REALE JÚNIOR, Miguel. *Tentativa de Eliminação do Critério de Periculosidade*. In: Boletim IBCCRIM. São Paulo, n.140 Esp., julho de 2004, p.2.

³⁹⁰ Cf. PIERANGELI, José Henrique. *Códigos Penais do Brasil: Evolução histórica*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2004, p.641 e 644.

determinadas categorias de agentes, dotados de acentuada *periculosidade*.
(destaque meu).

Ademais, a “periculosidade de imputáveis” possui ainda manifestações na práxis jurídica e possui pontual previsão legal. Na lei vigente, o único dispositivo que faz expressa menção à periculosidade de imputáveis é a Lei nº 8.072/90 (lei de crimes hediondos), em seu artigo 3º: “A União manterá estabelecimentos penais, de segurança máxima, destinados ao cumprimento de penas impostas a condenados de *alta periculosidade*, cuja permanência em presídios estaduais ponha em risco a ordem ou incolumidade pública” (destaque nosso).³⁹¹ Trata-se de uso pouco técnico do termo periculosidade, como se verá a seguir.

É oportuna a crítica de ALEXIS DE COUTO BRITO quanto ao indevido uso do termo periculosidade para agentes imputáveis:

Aparentemente, o que se percebe é a utilização indevida ou leiga da palavra “perigoso” como um adjetivo atribuído ao criminoso contumaz ou de impulsos violentos ou descontrolados.³⁹²

Continua o autor, diferenciando, tecnicamente, o indivíduo imputável/não perigoso do inimputável/perigoso:

A diferença está, justamente, na capacidade de assimilação do imputável, que inexistente no inimputável. Este é possuidor de uma personalidade perigosa, pois não responde às qualidades da pena, e não se submete aos seus fatores preventivos. Por outro lado, o imputável, mesmo que dotado de uma personalidade criminosa³⁹³, tem o potencial de assimilar a pena e atender às suas finalidades preventivas, mesmo que assim não queira proceder. Esta

³⁹¹ Sustentando, criticamente, que outros dispositivos legais, como o que rege o regime disciplinar diferenciado (artigo 52 da Lei de Execução Penal), o que prevê as regras de concessão de livramento condicional para reincidente em crime doloso violento (art.83, parágrafo único do Código Penal) e o que prevê regras para a substituição da pena de prisão por penas restritivas de direitos para condenado reincidente (art.43, parágrafo 3º do Código Penal), podem ser usados como justificativa para se sustentar a “periculosidade de imputáveis”, cf. REALE JÚNIOR, Miguel. *Tentativa de Eliminação do Critério de Periculosidade*. In: Boletim IBCCRIM. São Paulo, n.140 Esp., julho de 2004, p.2-3.

³⁹² BRITO, Alexis Couto de. *Execução Penal*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2011, p.74.

³⁹³ Ressalva-se que o autor citado, de forma contrária ao defendido no presente trabalho (cf. tópico 5.1.2. infra), sustenta ser possível que fatores de personalidade sejam levados em consideração no cálculo da pena. Cf. BRITO, Alexis Couto de. *Execução Penal*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2011, p.77-78.

possibilidade de entender o caráter da pena estará presente mesmo que tenha várias condenações e é o que o distingue do sujeito perigoso.³⁹⁴

Complementando tal raciocínio, expõe SALO DE CARVALHO:

A dogmática de resposta ao ilícito produz, assim, uma radical separação entre os dois sistemas, polarizados entre a culpabilidade (autodeterminação) e periculosidade (determinação), entre as penas e medidas de segurança. Embora seja fundamental na atualidade a crítica aos critérios a ao próprio conceito de (in)imputabilidade, os conceitos, as circunstâncias e o elementos da culpabilidade e da periculosidade não se confundem. São sistemas dogmáticos distintos, com distintos critérios de aplicabilidade.³⁹⁵

No entanto, afastando-se de uma concepção dogmaticamente mais correta, muitos operadores do direito se valem da discricionariedade (e subjetivismo) autorizada pela lei³⁹⁶ para interpretar termos legais abertos como “garantia da ordem pública” e “personalidade e conduta social” de modo a reprimatizar a ideia de periculosidade de imputáveis³⁹⁷, extremamente permeável a metarregras diferenciadoras de julgamento.³⁹⁸

Nesse sentido, pondera LUANA PASCHOAL:

Na verdade, as análises da personalidade e da conduta pessoal nada mais representam que um retorno da verificação de sua suposta periculosidade, tal

³⁹⁴ BRITO, Alexis Couto de. *Execução Penal*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2011, p.78.

³⁹⁵ CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p.357.

³⁹⁶ Cf. tópico 3.2. supra.

³⁹⁷ Anota-se que a periculosidade de imputáveis era expressamente prevista pela redação original da Parte Geral do Código Penal de 1940, sendo presumida nas hipóteses do artigo 78 e aferida, nos demais casos, com base nos parâmetros do artigo 77. Sob tal marco normativo, a doutrina se inclinava em apontar a periculosidade como critério de cálculo de pena. Cf., por todas, a posição de ROBERTO LYRA: “A periculosidade condiciona as medidas de segurança (arts. 76, II, e 77) e influi na qualidade e quantidade das penas (art. 42), como eixo de toda justiça baseada na realidade humana, individual e social” (LYRA, Roberto. *Comentários ao Código Penal*. V.II. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p.214, as referências são à redação original do Código Penal de 1940).

³⁹⁸ “A evolução do pensamento jurídico-penal brasileiro e as transformações na legislação brasileira não foram suficientes para fazer desaparecer o discurso subjetivista da ciência penal brasileira na atualidade.” “Permanece arraigada na nossa doutrina tradicional e na jurisprudência a visão subjetivista do processo de aplicação da pena, para o qual o critério da personalidade serve como porta aberta a um sem número de interpretações que, na maior parte das vezes, levam a um aumento de pena que supera a própria proporcionalidade com o fato praticado e a medida da culpabilidade.” (STOCO, Tatiana de Oliveira. *Personalidade do agente na fixação da pena*. São Paulo: RT, 2014, p.179).

qual sempre se fez em regimes totalitários, o que é inadmissível, sobretudo se quisermos instituir um direito penal que esteja circunscrito à análise do fato.³⁹⁹

SALO DE CARVALHO também destaca como a periculosidade de imputáveis se relaciona com metarregras diferenciadoras na práxis jurisprudencial:

Análise crítica das práticas dos atores do sistema penal, sobretudo a jurisprudência dos Tribunais, permite conceber como a ideia de periculosidade emerge nos discursos dogmáticos, ampliando o encarceramento por meio de metarregras e deslocamentos discursivos. As metarregras se instrumentalizam, p. ex., por meio de *standards* decisoriais nos decretos de prisão preventiva; *estereótipos persuasivos* na aplicação da pena; *motivação com eixos (conteúdos) flutuantes* na avaliação dos requisitos para progressão de regime em sede de execução da pena - os exemplos são inúmeros, como *periculosidade do réu*, *probabilidade de reiteração*, *inclinação ao delito*, *personalidade voltada à prática do delito*, *capacidade de delinquir*, *personalidade perigosa*, entre inúmeras expressões com conteúdo vago.⁴⁰⁰

Em complemento ao correto pensamento do autor, apenas acrescenta-se que as mesmas metarregras diferenciadoras que aumentam o encarceramento de pessoas mais socialmente vulneráveis, são muitas vezes usadas para beneficiar as poucas pessoas socialmente privilegiadas alcançadas pelo sistema penal. Em outras palavras, muitas vezes invoca-se “falta de periculosidade” e outros termos com conteúdo vago e dogmaticamente equivocado para beneficiar quem já é socialmente privilegiado, mesmo que tenha praticado crimes bastante graves.

Frisa-se não ter sido a intenção do legislador de 1984 autorizar a aplicação de juízos perigosistas no tocante ao cálculo de pena.⁴⁰¹ No entanto, a abertura semântica dos termos do cálculo de pena, sobretudo os referentes à individualidade do agente, acaba

³⁹⁹ PASCHOAL, Luana. *O juiz e a aplicação da pena: análise doutrinária, jurisprudencial e deontológica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p.15. Aprofundaremos o estudo da “personalidade” e da “conduta social” como vetores do cálculo de pena no tópico 5.1.2. infra.

⁴⁰⁰ CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p.357.

⁴⁰¹ Cf. REALE JÚNIOR, Miguel; DOTTI, René Ariel; ANDREUCCI, Ricardo Antunes; PITOMBO, Sérgio de Moraes. *Penas e Medidas de Segurança no Novo Código*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, *passim*. Fazendo um acertado paralelo entre o direito penal do fato e o sistema penal de Estados totalitários, cf. REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de Direito Penal: Parte Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.33.

sendo, frequentemente, usada para tanto.⁴⁰² Isso aumenta ainda mais o caráter diferenciador do sistema penal e, conseqüentemente, sua seletividade.

⁴⁰² Nesse sentido, cf. MACHADO, Marta Rodriguez de Assis; RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Os Juízes de Direito e os caminhos da periculosidade no direito penal brasileiro: comentários ao relatório de pesquisa "Decisões judiciais nos crimes de roubo em São Paulo: a lei, o direito e a ideologia"*. São Paulo: IBCCrim / IDDD, 2005, p.78.

4 - MEDIDAS CONTRASSELETIVAS: ASPECTOS GERAIS

4.1. Entre o ceticismo e o realismo: medidas contrasseletivas como instrumento para um sistema penal mais justo

Diante do panorama da seletividade que permeia o sistema penal, é possível se inclinar para profundo ceticismo com relação à atuação de tal sistema. Isso porque são encontradas diferenciações arbitrárias expressivas no sistema penal, com origens multifatoriais, e não se concebe um modo de corrigir definitivamente tais distorções.

De fato, se por um lado as camadas mais vulneráveis da sociedade são preferencialmente alcançadas pelo sistema penal, por outro os pertencentes aos segmentos privilegiados da sociedade que venham a praticar crimes se apropriam de qualquer tipo de discurso para manter sua imunização penal.⁴⁰³ Sob um aspecto etiológico ou atuarial, são sempre os “não perigosos”, os que não “geram risco”. Sob um aspecto garantista, procuram justificar a maximização de garantias do sistema para si mesmos, assim como se aproveitam dos defeitos do sistema (p. ex. morosidade e corrupção). Sob um aspecto de contenção do sistema penal, suas condutas são sempre aquelas que devem ser tratadas por outros meios de solução de conflito. Quando excepcionalmente alcançados pelo sistema penal, se valem de sua força social e política para intimidar os órgãos de persecução penal, se vitimizam como “perseguidos”⁴⁰⁴, dizendo que “sempre foi assim e só eles que são punidos” e/ou fazem um discurso de terror, afirmando “se nós perdermos garantias, imagina só a população em geral!”, ou, no caso de empresários, ameaçam que a economia será prejudicada e que o desemprego crescerá. Dessa forma, independentemente do discurso, mais progressista ou mais conservador, a seletividade do sistema penal tende a ser alimentada.

Todavia, sem a pretensão de se resolver normativamente a seletividade do sistema penal, até mesmo porque a seletividade é ínsita a qualquer sistema punitivo, se vislumbra possível, mantendo-se uma postura realista, a propositura de instrumental

⁴⁰³ Cf. capítulo 2 supra.

⁴⁰⁴ Analisando as técnicas de neutralização da culpa usadas pelos criminosos de “colarinho branco”, cf. LILLY, Robert; CULLEN, Francis; BALL, Richard. *Criminological Theory: Context and Consequences*. 6ªed. Los Angeles: SAGE, 2015, p.308-311.

teórico para diminuir o impacto da seletividade do sistema penal, com objetivo de torná-lo mais justo. Tal instrumental são as medidas contrasseletivas.

Sob uma perspectiva mais ampla, pode ser considerada como contrasseletiva qualquer medida que vise à redução da seletividade ínsita ao sistema penal. Nesse sentido se incluem medidas legislativas objetivando a redução de disparidades de tratamento injustificadas, como foi o caso da revogação da contravenção penal de mendicância em 2009 (artigo 60 da Lei de Contravenções Penais) e seria o caso de qualquer lei que tivesse como fim corrigir, por exemplo, as distorções apresentadas no tópico 1.2.1 supra.

Da mesma forma, sob a mesma perspectiva ampla se situam quaisquer medidas que tenham como objetivo a redução da influência de metarregras desigualitárias na atuação dos operadores do direito, como aquelas, por exemplo, apresentadas no tópico 1.2.2. supra.

Vislumbram-se como particularmente importantes medidas que aumentem a objetividade e transparência da atividade policial, assim como o controle sobre essa mesma atividade, tendo em vista a importância decisiva dessa atuação na quase totalidade dos casos criminais, ficando, muito frequentemente, o Ministério Público e o Judiciário caudatários da seletividade feita no âmbito policial, seja da polícia ostensiva, seja da polícia investigativa. Nesse contexto, parece ser particularmente interessante a gravação da atuação policial por meio de câmeras pessoais e em viaturas, instrumental com evidente efeito contrasseletivo, na medida em que permite o controle de metarregras de atuação, além de melhorar a prova da conduta criminosa, coibir abusos e resguardar os próprios policiais.⁴⁰⁵

Também são medidas contrasseletivas dignas de nota a estruturação de órgãos de persecução contra a criminalidade da elite, visando ao combate à imunidade penal de certos setores, assim como a efetivação da assistência jurídica gratuita, como forma de assegurar a ampla defesa para toda a população, evitando-se a assimetria entre acusação e defesa no caso de pessoas economicamente vulneráveis.

⁴⁰⁵ Sobre o tema, cf. ANJOS, Fernando Vernice dos. *Câmeras em viaturas aumentariam transparência e reduziriam prisões por tráfico*. In: <http://www.conjur.com.br/2017-mar-04/fernando-anjos-cameras-viaturas-reduziriam-prisoas-traffic>, acesso em 09 de janeiro de 2019.

No presente estudo, como adiantado na introdução, é adotado um conceito mais restrito de medidas contrasseletivas, entendendo-as como *instrumental dogmático e político-criminal com objetivo de reduzir o impacto da seletividade no âmbito do direito penal e processual penal*, por meio da *identificação dos catalisadores legais que permitem a seletividade e proposta de interpretação de tais catalisadores de modo a afastar a diferenciação arbitrária da aplicação prática, quando possível tal interpretação*. Caso contrário, *quando impossível uma interpretação juridicamente sustentável, deve ser sustentada a inconstitucionalidade de tais dispositivos legais catalisadores da seletividade, por afronta ao princípio da igualdade*.

Na continuidade do presente estudo será usado esse conceito mais restrito de medidas contrasseletivas, por se tratar de conceito que se restringe à atuação jurídica, com base no direito posto, sendo mais produtivo de ser trabalhado em uma tese de doutorado na área do direito. De fato, seria impossível instrumentalizar um conceito muito amplo de medidas contrasseletivas, que abarcaria um incomensurável número de atuações múltiplas de diversas agências, todas com enorme complexidade e peculiaridades.

Como pressuposto para aplicação das medidas contrasseletivas está o reconhecimento da seletividade do sistema penal e, também, da possibilidade de se enfrentar a realidade seletiva do poder punitivo⁴⁰⁶, embora impossível superá-la, objetivando a maior efetivação possível do princípio da igualdade, de forma a corroborar a legitimidade do sistema penal.

A possibilidade de minorar a seletividade do sistema penal não é mera utopia. Ao longo da história e em países diferentes, por motivos diversos, é possível constatar que a seletividade do sistema penal oscila, ora sendo mais acentuada, como em regimes totalitários e em sociedades altamente hierarquizadas, ora sendo mais tênue, como no âmbito de regimes democráticos consolidados e em sociedades mais igualitárias.⁴⁰⁷ Dessa

⁴⁰⁶ Dessa forma, nos afastamos da concepção de autores que entendem impossível tal pretensão, como ZAFFARONI, BATISTA, ALAGIA e SLOKAR: “O discurso jurídico-penal não pode nunca enfrentar a realidade seletiva do poder punitivo, porque se converteria necessariamente em deslegitimante ao não poder compatibilizá-lo com a igualdade perante a lei como premissa do estado de direito.” (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro*. V.1. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p.67).

⁴⁰⁷ No caso do Brasil, é possível constatar termos uma Democracia relativamente recente, não completamente consolidada, e uma sociedade bastante estratificada, conforme constatado por autores como ROBERTO DA MATTA (*Carnavais, malandros e heróis: para uma sociologia do dilema brasileiro*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Rocco, 1997, p.193-259) e ALBERTO CARLOS ALMEIDA (*A Cabeça do Brasileiro*. Rio de Janeiro: Record,

forma, é plenamente factível sustentar a possibilidade da redução da seletividade do sistema penal por meio do desenvolvimento democrático das ciências penal, processual penal e criminológica e de práticas mais igualitárias de política criminal.⁴⁰⁸

Outro pressuposto teórico importante é compatibilizar as medidas contrasseletivas com a ordem jurídica vigente, evitando-se qualquer pretensão de relativizar garantias constitucionais. Nesse contexto, é fundamental afastar-se tanto da simples negação de legitimidade do sistema penal ou de sua redução indiscriminada, quanto de novas vertentes rigoristas que implicam na consagração da punição dos “punidos de sempre”, fundamentando o sistema penal como um importante garantidor dos direitos humanos fundamentais, justificando-se a punição como meio da proteção dos direitos humanos⁴⁰⁹ e o sistema de garantias como autolimitação legitimadora do sistema penal, em uma visão integral e equilibrada entre o interesse social de punir condutas desviantes nocivas e as garantias das pessoas que supostamente praticaram tais condutas.

Aliás, o presente trabalho tem como *pressuposto ideal* a busca que toda afronta relevante aos direitos fundamentais deva ser combatida, inclusive por meio do sistema penal (com o seu inerente significado sócio-comunicativo), seja aquela causada pelos particulares por meio da prática de condutas especialmente lesivas (que normalmente configuram crimes), seja aquela praticada pelo próprio Estado⁴¹⁰ ao transbordar os limites da legislação constitucional e infraconstitucional (o que também não deixa de configurar crimes em diversas hipóteses). Nessa toada, posiciona-se JOSÉ REINALDO DE LIMA LOPES, no sentido que a impunidade das lesões aos direitos humanos afeta as bases da própria democracia:

2007, p.75-93), que se vale de pesquisa de campo para analisar a visão de mundo hierarquizada dos brasileiros.

⁴⁰⁸ Com uma postura realista, mas otimista, do caráter promocional do direito, posiciona-se CLÉMERTON MERLIN CLÈVE: “o direito não é promotor de mudança social, mas pode auxiliá-la, sugeri-la.” “Afiml todos os conflitos, todas as revoluções, no final, ocorrem em nome de uma ideia de direito, que se pretende, desta ou daquela forma, institucionalizar.” (CLÈVE, Clémerson Merlin. *O direito e os direitos: elementos para uma crítica do direito contemporâneo*. 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2001, p.220).

⁴⁰⁹ Para uma análise do crime como uma violação aos direitos humanos, sob uma perspectiva criminológica crítica, cf. SCHWENDINGER, Herman; SCHWENDINGER, Julia. Defensores *da ordem ou guardiões dos direitos humanos?* In: TAYLOR, Ian; WALTON, Paulo; YOUNG, Jock (org.). *Criminologia Crítica*. Trad. Juarez Cirino dos Santos e Sérgio Tancredo. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1980, p.135-176.

⁴¹⁰ Para uma aproximação ao tema “criminalidade praticada pelo Estado”, cf. BARAK, Gregg. *Crime, Criminology, and Human Rights: Toward an Understanding of State Criminality*. In: BARAK, Gregg (ed.). *Varieties of Criminology: Readings from a dynamic discipline*. Westport: Prager, 1994, p.253-267.

Finalmente, no que diz respeito à impunidade, como em geral sabemos e como periodicamente nos recordam as ciências sociais, ela é um forte estimulante ao desrespeito à lei. E o desrespeito à lei, numa sociedade complexa profundamente dividida em classes e grupos de interesse, tende a gerar o aumento da violência. De parte das vítimas de crimes comuns, pode gerar demandas de mais violência pela polícia ou de maior apoio a grupos de vigilantes e justiceiros. Da parte dos delinquentes, a inexistência de proporção entre delitos e pena generaliza-se em maior violência. Em ambos os casos, solapam-se as bases de uma convivência democrática, pelo descontrole do arbítrio do Estado ou pelo descontrole da violência do cotidiano.⁴¹¹

Já no *plano real*, entende-se que se deve buscar a maior igualdade possível na atuação do poder punitivo estatal, sendo as medidas contrasseletivas um importante instrumental para tanto.

Para a aplicação de medidas contrasseletivas tem-se como primeira etapa a *identificação de catalisadores legais que permitem a seletividade*. Tais catalisadores podem ser tanto dispositivos cuja redação leve a uma interpretação seletiva ou que possuem vagueza semântica que autorize interpretações seletivas pela doutrina e jurisprudência. Dessa forma, deve ser feito um esforço hermenêutico no sentido de *identificar interpretações que dão azo a diferenciações arbitrárias pelo operador do direito*.

Uma vez identificados os catalisadores legais que permitem a seletividade, o esforço hermenêutico se direciona para a *análise da possibilidade de interpretar os dispositivos de maneira a evitar uma aplicação seletiva*. Dentro do limite semântico e do juridicamente aceitável, deve ser tentada a identificação de hipótese de aplicação que não gere diferenciação arbitrária, seguindo-se tal interpretação em respeito ao princípio da igualdade. Dessa forma, *a interpretação contrasseletiva constitui interpretação conforme a Constituição*.

Nota-se que interpretação conforme a constituição é técnica hermenêutica e de controle de constitucionalidade que se encaixa perfeitamente na busca por uma

⁴¹¹ LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direitos Humanos e Tratamento Igualitário: questões de impunidade, dignidade e liberdade*. In: Revista Brasileira de Ciências Sociais, Vol.15, nº42, fevereiro de 2000, p.82. Sobre o tema, cf. RAMOS, André de Carvalho. *Mandados de criminalização no direito internacional dos direitos humanos: novos paradigmas da proteção das vítimas de violações de direitos humanos*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: RT, nº 62, setembro-outubro de 2006, p.9-55.

interpretação contrasseletiva de determinado dispositivo legal que, potencialmente, por meio de eventual interpretação, gere diferenciação arbitrária, portanto, afrontosa ao princípio da igualdade. Conforme bem resume LUIZ ROBERTO BARROSO, a interpretação conforme a Constituição se caracteriza pelos seguintes elementos:

- 1) Trata-se de escolha de uma interpretação da norma legal que a mantenha em harmonia com a Constituição, em meio a outra ou outras possibilidades interpretativas que o preceito admita.
- 2) Tal interpretação busca encontrar um sentido possível para a norma, que não é o que mais evidentemente resulta da leitura de seu texto.
- 3) Além da eleição de uma linha de interpretação, procede-se à exclusão expressa de outra ou outras interpretações possíveis, que conduziriam a resultado contrastante com a Constituição.
- 4) Por via de consequência, a interpretação conforme a Constituição não é mero preceito hermenêutico, mas, também, um mecanismo de controle de constitucionalidade pelo qual se declara ilegítima uma determinada leitura da norma legal.⁴¹²

Finalmente, *caso não se vislumbre possível uma interpretação não seletiva, deve ser sustentada a inconstitucionalidade do dispositivo*. Com efeito, se os métodos de interpretação jurídica (gramatical, lógica, sistemática, histórica, sociológica, evolutiva, teleológica e axiológica⁴¹³) não autorizarem a interpretação de determinado dispositivo conforme o princípio da igualdade, esse deve ter sua vigência afastada do ordenamento por meio do controle de constitucionalidade.⁴¹⁴

⁴¹² BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.194.

⁴¹³ Cf. FERRAZ JÚNIOR, Tércio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 3ªed. São Paulo: Atlas, 2001, p.251-304. Sobre hermenêutica jurídica em geral, cf. MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, *passim*. A respeito da interpretação no direito penal, cf. GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *Direito Penal e Interpretação Jurisprudencial*. São Paulo: Atlas, 2008, p.29-72.

⁴¹⁴ “Em que pese a consagração normativa e teórica da igualdade, a implementação da igualdade na formulação das leis exige atenta vigilância dos juízes e tribunais, a fim de que se busque a aplicação das regras de direito penal e processo penal sem distinções em função do *status* do acusado, bem como para que, em sede de controle de constitucionalidade, sejam afastadas do ordenamento jurídico (controle concentrado) ou não aplicadas no caso concreto (controle difuso) as leis casuísticas, direcionadas à proteção ou discriminação de determinados grupos ou indivíduos.” (AGUIAR FILHO, Oliveiros Guanais de. *Igualdade*,

Frisa-se que a interpretação conforme a Constituição só é possível quando houver um “espaço de decisão”⁴¹⁵ onde são possíveis múltiplas possibilidades de interpretação, sendo inviável uma interpretação contrária ao sentido expresso da lei, sob pena do intérprete usurpar a função do legislador.⁴¹⁶ Conforme afirma MARIÂNGELA GAMA DE MAGALHÃES GOMES,

por mais que o intérprete possa desempenhar uma função criadora no ato de interpretar, como efetivamente se dá, a sua “criação” jamais pode ir além do “desenho intencional” ou do horizonte daquilo que lhe cabe compreender e expressar. A liberdade do intérprete, portanto, fica sempre contida nos limites de uma “estrutura objetivada”.⁴¹⁷

Complementa a autora:

os limites substanciais presentes nas leis não são completamente despidos de eficácia, já que a criatividade jurisprudencial, ainda que muito acentuada, não significa “direito livre”, no sentido de direito arbitrariamente criado pelo juiz do caso concreto. Embora os limites legislativos nunca possam vincular o juiz de forma completa e absoluta, a verdade é que o vinculam.⁴¹⁸

Na hipótese da norma ser indubitavelmente diferenciadora, sem qualquer justificativa constitucionalmente plausível e sem qualquer possibilidade de interpretação conforme o princípio da igualdade, ela deve ser considerada inconstitucional⁴¹⁹, sendo essa a única medida contrasseletiva possível no caso em pauta.

sistema penal e criminalidade de poder. In: SCHIMITT, Ricardo Augusto (org.). *Princípios Penais Constitucionais*. Salvador: JusPodivm, 2007, p.253).

⁴¹⁵ CANOTILHO, José Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p.1227.

⁴¹⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.198. No mesmo sentido, HESSE, Konrad. *Temas Fundamentais do Direito Constitucional*. Trad. Inocêncio Mártires Coelho et. al. São Paulo: Saraiva, 2009, p.118-121; MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2015, p.334.

⁴¹⁷ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *Direito Penal e Interpretação Jurisprudencial*. São Paulo: Atlas, 2008, p.40.

⁴¹⁸ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *Direito Penal e Interpretação Jurisprudencial*. São Paulo: Atlas, 2008, p.43.

⁴¹⁹ Destacando que a “interpretação conforme a Constituição tem previsão expressa no ordenamento brasileiro, no art.28, § único da Lei nº 9.868/99, como técnica de decisão no âmbito do controle abstrato de constitucionalidade”, cf. CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª ed. Salvador: Juspodivm, 2013, p.226.

4.2. Maior efetivação possível do direito penal do fato

O procedimento de interpretação contrasseletivo deve ter como norte a *maior efetivação possível do direito penal do fato, em detrimento do direito penal do autor*.⁴²⁰ Dessa forma, temos como medida contrasseletiva básica ou como parâmetro necessário de qualquer medida contrasseletiva a necessidade de tentar afastar da interpretação da lei penal fatores ligados estritamente à subjetividade do agente que delinuiu (salvo hipóteses constitucionalmente adequadas), na medida em que são catalisadores de metarregras diferenciadoras.

Na *teoria do delito* a consolidação do direito penal do fato encontra-se mais avançada. De fato, a conduta efetivamente praticada é o principal fator para aferir se a conduta é típica, antijurídica e culpável.

Isso se dá não apenas pelo maior desenvolvimento dogmático da teoria do delito, mas também porque tal teoria tem sido tradicionalmente pensada como meio de impor limites ao poder punitivo; ao contrário da teoria da pena, historicamente orientada (sobretudo a partir do desenvolvimento da criminologia positivista e de teorias etiológicas individuais correlatas) como sendo meio de efetivação da defesa social em face dos criminosos.⁴²¹

Nesse contexto, o direito penal do fato encontra terreno fértil para se estabelecer no âmbito da teoria do delito, já que serve de garantia para o cidadão em face do Estado.

Um aspecto da teoria do delito fundamental, que dá lastro ao direito penal do fato, é o referente à dimensão material da tipicidade, que demanda, para configuração do crime, a existência de lesão ou ameaça de lesão a um bem jurídico (tipicidade material).

⁴²⁰ “No direito penal do autor não se punem comportamento, isto é, ações, mais sim *status*, padrões e/ou condições pessoais, criminalizando-se, na verdade, a interioridade do indivíduo, o que tem um caráter nitidamente antidemocrático, discriminatório e seletivo, colocando em xeque a própria legitimação de todo o *ius puniendi* estatal.” (PASCHOAL, Luana. *O juiz e a aplicação da pena: análise doutrinária, jurisprudencial e deontológica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p.13). Cf. tópico 3.3. supra.

⁴²¹ CARUSO FONTÁN, María Viviana. *El delincuente imputable y peligroso: Cuestiones de Política Criminal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014, p.29. A autora destaca que escola moderna de direito penal desenvolvida por FRANZ VON LISZT, jurista de enorme influência histórica, sustentava que o direito penal do fato deveria se restringir aos pressupostos de punibilidade (teoria do delito), enquanto as consequências jurídicas do crime (teoria da pena) deveriam se determinar por critérios de direito penal do autor.

Dessa forma, apenas a prática do ato criminoso, apto a lesionar um bem jurídico, pode ser apenado (direito penal do fato), devendo ser afastada qualquer incriminação baseada na condição pessoal do agente (direito penal do autor).⁴²² Conforme resume MIGUEL REALE JÚNIOR:

O princípio do fato, portanto, inviabiliza que alguém seja responsabilizado pelo que é e não pelo que fez, a partir da caracterização de tipos criminológicos ou normativos de autor, que permite toda a série de abusos.⁴²³

No entanto, não é de se menosprezar que circunstâncias subjetivas do agente possam vir a interferir em aspectos referentes à teoria do delito. Por exemplo, os limites das excludentes de ilicitude são bastante abertos, sendo certo que os atributos da pessoa que praticou o crime tendem a ser levados em consideração para aferir se houve ou não a excludente. Por exemplo, na prática forense é muito mais fácil para um policial provar uma legítima defesa do que um cidadão comum na mesma situação.

Dessa forma, as metarregras de julgamento e os vieses diferenciadores também podem ser catalisados pelo julgador quando da aplicação dos institutos da teoria do delito, cabendo ao intérprete se atentar a isso no momento do julgamento.

Já no tocante à *teoria da pena*, o direito penal do autor encontra maior aceitação. As particularidades do agente, conforme já exposto⁴²⁴, são levadas em consideração, com intensidade, quando da aplicação e execução da pena.

Focando-se no cálculo da pena, é necessário ter como norte a maior efetivação possível do direito penal do fato, para que a sanção a ser fixada reflita a dimensão do injusto praticado e à dimensão da lesão ou ameaça de lesão ao bem jurídico tutelado, afastando-se juízos estritamente vinculados ao agente que praticou o crime que possam dar ensejo a diferenciações arbitrárias, portanto, seletivas.

⁴²² GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *Periculosidade no direito penal contemporâneo*. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BOTTINI, Pierpaolo Cruz; PACELLI, Eugênio. *Direito penal contemporâneo: questões controvertidas*. São Paulo: Saraiva, 2011, p.240.

⁴²³ REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de Direito Penal: Parte Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.34.

⁴²⁴ Cf. capítulo 3 supra.

Devemos nos afastar de uma dimensão diferenciadora das pessoas que praticam crimes (“perigosos x não perigosos” ou - popularmente - “criminosos x cidadãos de bem”)⁴²⁵, efetivando-se, o máximo possível, o princípio da igualdade no tocante ao cálculo de pena. Oportuno o alerta de ANDREW VON HIRSCH:

Os penalistas tendem a ver, com excessiva facilidade, os delinquentes e os potenciais delinquentes como espécies à parte do cidadão obediente, como pessoas que são bastante impermeáveis aos mandamentos morais e que necessitam ser intimidados ou refreados para respeitar a lei. Eu não aceito essa visão. Um sistema de penas não deveria ser desenhado como que “nós” fazemos para prevenir o que “eles” delinquentes. Mas bem deveria ser algo que os cidadãos livres desenham para regular “sua” própria conduta. Deveria admitir que ambos somos pessoas que (ao menos sob determinadas circunstâncias) podemos ofender a outras e, ao mesmo tempo, somos capazes de entender os juízos morais que o castigo penal expressa. Um sistema penal, em uma sociedade democrática, deveria ser do tipo que as pessoas aceitariam como forma de ajudá-las a vencer suas próprias tentações, ao mesmo tempo em que respeita sua vontade de decidir.⁴²⁶

Como consequência direta disso, deve-se afastar qualquer conotação de periculosidade de imputáveis⁴²⁷ do cálculo de pena. De fato, qualquer interpretação contrasseletiva deve se atentar em afastar juízos perigosistas da fixação da pena, pois se trata de marco incompatível com o princípio da igualdade⁴²⁸, inerente ao direito penal do autor.

Mas não é só. Como veremos no capítulo a seguir, aspectos referentes ao indivíduo devem ser devidamente limitados e restringidos quando do cálculo da pena,

⁴²⁵ Dessa forma, refutam-se posicionamentos como o descrito por OSCAR MELLIM FILHO: “Ao denegar a liberdade provisória a três acusados, menores de vinte e um anos de idade, primários e sem antecedentes criminais presos em flagrante por crime de porte ilegal de arma por transportarem uma arma com a numeração alterada, assim decidiu o juiz; “há de se preservar, principalmente, os direitos humanos dos homens de bem, que trabalham diuturnamente e que sofrem, diuturnamente, com a onda de criminalidade que assola nossa comarca.” “É aos homens de bem, em última análise, que se destina o Direito Penal” (TJ/SP Apelação nº 990.08.097303-7).”MELLIM FILHO, Oscar. *Criminalização e Seleção no Sistema Jurídico Penal*. São Paulo: IBCCRIM, 2010, p.240.

⁴²⁶ HIRSCH, Andrew von. *Censurar y castigar*. Trad. Elena Lurrari. Madrid: Trotta, 1998, p.28-29 (tradução livre).

⁴²⁷ Cf. tópico 3.2. supra.

⁴²⁸ MAGARIÑOS, Mario. *La individualización de la pena: entre a culpabilidad y la periculosidad?*. In: Anuario de derecho penal 2010-2011. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2012, p.572.

evitando-se a manifestação da seletividade no cálculo de pena. A individualização da sanção não pode ser justificativa para a afronta ao princípio da igualdade por meio do incremento da seletividade.

É sabido que mesmo autores que defendem o direito penal do fato e refutam o direito penal do autor sustentam que, na seara do cálculo de pena, o agente criminoso teria relevância e mesmo preponderância para definição da pena cabível.⁴²⁹ Há substancial corrente doutrinária, inclusive, que sustenta que o direito penal do fato tem atuação plena apenas no momento da imputação penal, devendo conviver com aspectos do direito penal do autor no momento do cálculo da pena, com vistas à individualização da sanção. Nesse sentido, sustenta PAULO CÉSAR BUSATO:

Ocorre que esse momento é o da fixação da pena e não mais da imputação. Não se trata de um direito penal do autor, no sentido negativo da expressão, porque a imputação está resolvida. Aqui não se trata de incriminar conforme o autor, mas sim conforme a conduta. A condenação é referida ao fato. Porém, as relações entre o fato e o seu autor e as condições pessoais e sociológicas do autor são extremamente relevantes, já que é o princípio acolhido constitucionalmente, o direito à individualização da pena. Não é possível individualizar a pena sem considerar aspectos relativos ao indivíduo. É óbvio que não está legitimada a incriminação de pessoas em virtude do que elas são. Isso seria um *direito penal do autor*. No entanto, aqui não se trata mais de imputar, mas sim de estabelecer a medida exata da reprimenda estatal em face *do fato* praticado especificamente por um autor determinado, conforme sua culpabilidade. A afirmação do princípio da culpabilidade na fixação da pena há de obedecer esses dois perfis. Há de se afirmar a culpabilidade do autor de modo a propor-lhe a pena segundo padrões individuais a que ele tem direito. Porém, essa individualização há de ter por norte, sempre, o fato praticado pelo sujeito.⁴³⁰

No entanto, o presente trabalho pondera que esse raciocínio dá margem ao aumento da seletividade do sistema penal, já que pessoas que praticaram fatos semelhantes,

⁴²⁹ Cf. REALE JÚNIOR, Miguel; DOTTI, René Ariel; ANDREUCCI, Ricardo Antunes; PITOMBO, Sérgio de Moraes. *Penas e Medidas de Segurança no Novo Código*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p.159-170.

⁴³⁰ BUSATO, Paulo César. *Direito Penal: Parte Geral*. V.1. 3ª ed. São Paulo Gen/Atlas, 2017, p.837-838. Também destacando os aspectos subjetivos como essenciais para o cálculo da pena, cf. HASSEMER, Winfried. *Introdução aos Fundamentos do Direito Penal*. Trad. Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005, p.152-158.

em circunstâncias similares, acabam sendo tratadas de maneira muito díspar pelo Estado, muitas vezes baseado em vieses juridicamente inaceitáveis.

Assim, sustenta-se que *o direito penal do fato inclui a responsabilização do agente criminoso, basicamente, pelo fato praticado, devendo a pena refletir, prioritariamente, a gravidade do fato praticado e a culpabilidade pelo fato*⁴³¹. Nesse contexto, o agente criminoso deve ser considerado como fator secundário da fixação da pena e as características de tal agente que podem vir a ser consideradas devem ser objetivamente aferíveis, evitando-se excesso de discricionariedade e de subjetividade no cálculo de pena, com base em aspectos constitucionalmente aceitáveis, como idade e estado de saúde, evitando-se diferenciações arbitrárias.

Tal raciocínio potencializa o direito penal do fato e não impossibilita o princípio constitucional da individualização da pena.⁴³² Pelo contrário, faz com que a individualização seja mais compatível com o princípio da igualdade, evitando-se uma antinomia entre princípios constitucionais.

Em suma, independentemente da orientação dogmática, deve o intérprete, quando da aplicação do direito penal, se atentar em *efetivar, o máximo possível, o direito penal do fato, tanto no âmbito da teoria do delito quanto no âmbito da teoria da pena, pois o direito penal do autor é refratário ao princípio constitucional da igualdade e catalisador da seletividade do sistema penal*.

A máxima efetivação possível do direito penal do fato, por si só, já é uma contribuição importante para mitigar a seletividade do sistema penal, servindo como norte teórico para identificação e aplicação de medidas contrasseletivas mais específicas.⁴³³ Deve-se buscar um direito penal que proteja a todos, e não apenas aos que se convencionou chamar, arbitrariamente, de “cidadãos de bem”.

⁴³¹ Sobre a “culpabilidade” no cálculo de pena, cf. tópico 5.1.1. infra.

⁴³² Sustentando, em termos diversos, a compatibilidade do direito penal do fato, no âmbito da determinação da pena, com o princípio da individualização da pena, cf. BEDÊ JÚNIOR, Américo. *Contra a dosimetria baseada no autor ou no modo de vida: dosimetria da pena pelo fato: Procusto e segurança jurídica*. In: BEDÊ JÚNIOR, Américo; CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós (coords.). *Sentença criminal e aplicação da pena: ensaios sobre discricionariedade, individualização e proporcionalidade*. Salvador: Juspodivm, 2017, p.75-89.

⁴³³ Cf. capítulo 5 infra.

4.3. Observações gerais contrasseletivas no âmbito da teoria da pena

Antes da abordagem dos institutos em espécie do cálculo de pena, que será feita no capítulo seguinte, são importantes três observações gerais, aplicáveis tanto para a fixação do montante da sanção, quanto para a determinação da modalidade de pena (privativa ou não de liberdade), servindo como uma espécie de norte geral contrasseletivo para toda a teoria da pena.

As três observações são as seguintes: 1) a pena só pode ser modificada por razões objetivamente aferíveis; 2) o intérprete deve ser limitado para que suas convicções pessoais não deem vazão a vieses juridicamente inaceitáveis; e 3) deve ser afastado do cálculo da pena qualquer juízo de valor baseado na ressocialização. Analisemos cada uma delas, com destaque à terceira.

4.3.1. A pena só pode ser modificada por razões objetivamente aferíveis

Como *primeira observação geral*, relativa a todas as circunstâncias a serem estudadas, afirma-se que *a pena só pode ser agravada ou atenuada por razões objetivamente aferíveis*, já que, retoricamente, se sustenta qualquer coisa, o que é inaceitável, pois dá margem a diferenciações arbitrárias.

De fato, fatores vagos e genéricos, impossíveis de serem submetidos ao crivo probatório, não podem ser alegados para justificar a modificação da pena. Por exemplo, aumentar a pena com base em argumentos puramente retóricos e genéricos como a “sensação de impunidade sentida pela sociedade” ou a “proteção da sociedade ordeira”, deve ser refutado, já que tais argumentos são impossíveis de serem aferidos objetivamente e podem ser aplicados, indistintamente, a qualquer caso.⁴³⁴

Ademais, os fatores a serem considerados, para que sejam plausíveis e juridicamente aceitáveis, além de relacionados ao fato praticado, devem ser objetivos, concretos e probatoriamente aferíveis. A razão de aumento ou diminuição da pena deve ser

⁴³⁴ Apesar de terem sido citados como exemplos argumentos retóricos para agravar a pena, por serem esses muito mais comuns, é certo que também não se justificam argumentos retóricos e/ou genéricos para atenuar a pena (p. ex. “o direito penal não serve para nada”, “a criminalidade é gerada por desigualdade social” etc.).

referenciada no conjunto probatório juridicamente produzido, e não na subjetividade do julgador. Por exemplo, pouco importa se o julgador entende que tal modalidade de crime é mais ou menos grave, deve ele se atentar aos parâmetros legais e na prova produzida para aumentar ou reduzir a pena, dentro da moldura do tipo penal secundário.

Dessa forma, há uma redução sensível na arbitrariedade do ato de fixação da pena, reduzindo a margem de seletividade nessa seara.

4.3.2. O intérprete deve ser limitado para que suas convicções pessoais não deem vazão a vieses juridicamente inaceitáveis

Já como *segunda observação geral*, ressalva-se que *não se pretende excluir da interpretação dos dispositivos qualquer carga subjetiva*, pois toda forma de compreensão está embebida no caldo sócio-cultural que cerca o intérprete, sendo certo que esse age influenciado por sua ideologia, no sentido de forma de ver o mundo. Nesse sentido, conferir o posicionamento de MARIÂNGELA GAMA DE MAGALHÃES GOMES:

Se é impossível que um ato interpretativo constitua uma operação ideologicamente neutra, sempre que o operador do direito opta por um determinado significado e alcance da norma a ser aplicada ele é, inevitavelmente, influenciado por suas visões pessoais, sua concepção ideológica-política, suas expectativas em relação ao tipo de impacto que a decisão pode provocar no réu e de seus efeitos na sociedade, e assim por diante. Isso significa, portanto, que, sendo um ato de compreensão do texto, a interpretação judicial das leis está sujeita às mesmas limitações, preconceitos, subjetivismos, vícios e impulsividades que caracterizam toda forma de compreensão.⁴³⁵

O que se pretende é *limitar e orientar o intérprete para que suas convicções pessoais não deem vazão a vieses juridicamente inaceitáveis*, sendo necessário que a doutrina jurídica estabeleça parâmetros para reduzir o subjetivismo de sua tarefa, orientando o seu atuar no sentido de reduzir a seletividade do sistema penal.

⁴³⁵ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *Direito Penal e Interpretação Jurisprudencial*. São Paulo: Atlas, 2008, p.35.

Certamente, o modo como deve ser feita tal limitação/orientação dependerá do instituto que estiver sob análise. No entanto, a advertência genérica vale para todos os casos: todo operador do direito age influenciado por seu contexto de vida, devendo ser tomadas medidas para que seu modo de ver o mundo não extravase em interpretações enviesadas e diferenciadoras.

Em suma, o sistema de penas deve ser orientado para diminuir a influência de metarregras de julgamento, de forma a torná-lo o mais previsível e equânime possível; portanto, menos seletivo.

4.3.3. A ressocialização deve ser afastada do cálculo da pena

A terceira observação é no sentido de se afastar do cálculo de pena qualquer juízo de valor baseado na ressocialização. Embora respeitáveis autores sustentem a necessidade de levar em consideração a ressocialização do réu já no momento da fixação da pena, como já abordado em trabalho anterior, com enfoque na execução penal, a ressocialização deve ser afastada da seara penal por diversas razões, das quais se destacam a sua *inconstitucionalidade por violação ao princípio da igualdade*.⁴³⁶ Cabem algumas observações relativas à ressocialização no âmbito da fixação da pena e o seu caráter desigualitário e seletivo.

Como já adiantado⁴³⁷, a ressocialização é geralmente usada para agravar a pena de pessoas tidas como “dessocializadas”, e eventualmente para atenuar a pena de pessoas tidas como “socializadas”. No entanto, a diferenciação entre alguém “socializado” e “dessocializado” é arbitrária, sendo geralmente pautada em estereótipos e vieses sociais,

⁴³⁶ ANJOS, Fernando Vernice. *Execução Penal e Ressocialização*. Curitiba: Juruá, 2018, *passim* (principalmente, p.59-96). Em tal trabalho, no âmbito da execução penal, sustentamos a inconstitucionalidade da ressocialização por ofensa ao princípio da igualdade, a inadequação político-criminal (ambas abordadas a seguir, com foco no cálculo de pena), a inconstitucionalidade por violação ao princípio do pluralismo ideológico, a contradição entre o caráter dessocializador inerente à pena e a finalidade que se buscava por meio dela, a desnecessidade de justificar a humanidade das penas na ressocialização, já que os direitos do indivíduo punido devem ser respeitados independentemente de aspectos utilitários de cunho ressocializador, e que a prevenção geral positiva supera o programa mínimo de ressocialização, no plano da execução penal, pois busca incentivar comunicativamente toda a sociedade, inclusive o apenado (parte integrante da sociedade), a respeitar as normas sociais, sem possuir caráter diferenciador e desigualitário do programa mínimo ressocializador, já que se volta a todas as pessoas e não a um grupo de pessoas pretensamente “dessocializadas”.

⁴³⁷ Cf. tópico 3.2. *supra*.

econômicos e culturais juridicamente inaceitáveis. Cabe aqui repetir argumentos expostos em trabalho anterior:

A respeito do *princípio da igualdade*, é certo que para a ressocialização o apenado é visto como um “doente”, um “diferente”, um “inferior”. Com efeito, a ressocialização sempre parte da *ideologia da diferenciação*, pela qual existem pessoas “de bem”, que são os cidadãos respeitadores das leis, e pessoas “do mal”, que são os criminosos, seres perigosos e carentes de socialização. Segundo tal ideologia, o crime é visto como um ataque de um grupo de pessoas (criminosos / “cidadãos do mal”) contra as demais (respeitadores da lei / “cidadãos de bem”), em uma lógica belicista, no qual se justificam todos os tipos de arbitrariedade contra a parcela da sociedade estereotipada como criminosa ou, pior ainda, como potencialmente criminosa, sem vinculação necessária com a gravidade social de eventuais condutas praticadas. Do mesmo modo, essa ideologia explica um tratamento privilegiado para a parcela da sociedade que não segue tal estereótipo criminoso.

Prosseguindo, o desrespeito à isonomia ocorre independentemente da concepção de programa máximo ou mínimo, pois ambos sustentam a melhora social, o que faz presumir que existam pessoas com reduzida socialização e que, por conta disso, praticam crimes. Trata-se de posição muito cômoda, pois quem a sustenta parte da premissa de que integra uma casta superior da humanidade, os “socializados”, que de forma caridosa ou pragmática permite que a casta inferior dos “dessocializados” possa um dia desfrutar das delícias do mundo racional dos “cidadãos de bem”, após um “tratamento ressocializador por meio da pena”, mesmo que na prática venha ou continue a ter uma vida de miséria.

(...)

Destaca-se que a ideologia da diferenciação não reconhece que a diferença entre o criminoso e o não criminoso é um dado essencialmente político e jurídico, pois o criminoso é apenas alguém que, por diversos motivos, violou a ordem jurídica imposta pelo Estado. Em outras palavras, não se trata de uma diferenciação entre seres humanos (“cidadãos de bem” e “cidadãos do mal”), mas sim entre condutas, criminosas ou não de acordo com o interesse político do Estado em criminalizar determinadas ações ou omissões.

(...)

Dessa feita, a ressocialização indubitavelmente cria um caráter diferenciador entre os cidadãos, taxando alguns de “dessocializados carentes de

ressocialização”, e, com isso, separando-os do restante da sociedade dita “de bem”; ferindo de morte o princípio da igualdade entre as pessoas, que possui assento constitucional (artigo 5º, “caput”, da Constituição Federal).⁴³⁸

Dessa forma, como a seletividade é definida como tratamento desigualitário com viés juridicamente inaceitável, e como a ressocialização implica um tratamento diferenciado no cálculo de pena com base em vieses juridicamente inaceitáveis, logo a ressocialização deve ser afastada do cálculo de pena, com vistas a efetivar um sistema penal menos seletivo.

Mas não é só.

Do ponto de vista da *política criminal de um Estado Democrático de Direito*, a *ressocialização é inadequada*.⁴³⁹ O conceito tradicional de ressocialização é a busca pela “melhora social” do indivíduo por meio de novas oportunidades de vida, dependendo o que seria essa “melhora social” do tipo de programa propugnado (máximo ou mínimo). De forma bastante simplificada, para o programa máximo ressocializador a “melhora social” implica a reforma impositiva do íntimo do indivíduo, dos seus padrões ético-morais, visando, com isso, ao respeito à lei devido à interiorização desses valores; já para o programa mínimo, implica o oferecimento (não imposição) de meios para que o indivíduo respeite à lei, independentemente que, no seu íntimo, a pessoa continue a não respeitar os valores ético-sociais afrontados pela prática do crime.

Todavia, quando se sustenta que a ressocialização tem como finalidade fornecer novas oportunidades de vida para que o apenado não volte a delinquir, claramente está se pensando nos “criminosos de sempre”⁴⁴⁰, quais sejam, aqueles advindos de parcelas mais vulneráveis da sociedade, o que é notavelmente seletivo.

Como já abordado, não são apenas as pessoas pertencentes a parcelas vulneráveis da sociedade que praticam crimes, sendo essas apenas selecionadas com mais

⁴³⁸ ANJOS, Fernando Vernice. *Execução Penal e Ressocialização*. Curitiba: Juruá, 2018, p.62-64.

⁴³⁹ Cf. ANJOS, Fernando Vernice. *Execução Penal e Ressocialização*. Curitiba: Juruá, 2018, p.67-72.

⁴⁴⁰ Como exemplo desse posicionamento, ANABELA MIRANDA RODRIGUES afirma, sem ressalvas, que todo delinquente “é uma pessoa carecida de auxílio”, no que se refere, indubitavelmente, aos mencionados “criminosos de sempre”. Cf. RODRIGUES, Anabela Miranda. *A posição jurídica do recluso na execução da pena privativa de liberdade*. São Paulo: IBCCRIM, 2000, p.86.

frequência pelo poder punitivo.⁴⁴¹ Nesse contexto, o conceito de ressocialização simplesmente não alcança os autores de crimes pertencentes às parcelas mais privilegiadas da sociedade, que não carecem de “novas oportunidades de vida” justamente porque tiveram e continuarão a ter as melhores oportunidades que a sociedade tem a oferecer, por conta de sua posição social.

Da mesma forma, o conceito de ressocialização não abrange pessoas que praticaram crimes em situações pessoais ou históricas irrepetíveis, como autores de crimes contra direitos humanos em ditaduras findas ou pessoas que não possuem mais capacidade física de reiterar o crime outrora praticado.

Sob um aspecto político-criminal baseado na ressocialização, seria possível um tratamento diferenciadamente mais severo para os ditos “carentes de ressocialização” e um mais brando para aqueles que não o seriam. Por exemplo, no âmbito da execução penal, seria possível dificultar a progressão de regime para alguém não “ressocializado” e no âmbito do cálculo de pena seria possível sustentar uma pena mais longa ou um regime prisional inicial mais severo para alguém na mesma situação.

No entanto, em um Estado Democrático de Direito, como o brasileiro, tal lógica de política criminal não se sustenta. A Constituição Federal, em seu artigo 3º, inciso III, proclama como um dos objetivos fundamentais do Estado a erradicação da miséria, de modo que os excluídos sociais devem (ou ao menos deveriam) ser beneficiados por ações sociais prioritárias⁴⁴², e não serem apenados mais severamente com base em sua situação de exclusão social. Voltando-se ao raciocínio já exposto de valorização do direito penal do fato⁴⁴³, tal ramo do direito deve cuidar de punir apenas a conduta praticada, e não agravar a punição com fundamento na situação de vulnerabilidade social do indivíduo, seja no tocante ao cálculo de pena, seja no que concerne à execução penal, objetivando a pretensa “ressocialização” do agente. Do mesmo modo, a posição social privilegiada de alguém, que refletiria na sua maior “socialização”, não pode ser considerada como fator para atenuar a pena.

⁴⁴¹ Cf. tópico 1.5. supra.

⁴⁴² Destaca-se que há um grande rol de dispositivos constitucionais que garantem os direitos sociais, com destaque para os artigos 6º-11 (dos direitos sociais) e 193-232 (da ordem social).

⁴⁴³ Cf. tópico 4.2. supra.

Repisa-se a conclusão feita em trabalho anterior, aplicável também ao cálculo da pena:

Em síntese, o ideal ressocializador é inadequado sob o enfoque político criminal porque pode propiciar, sob o conceito tradicional de ressocialização, um tratamento mais brando para a criminalidade mais gravosa (a praticada contra bens difusos pelos detentores do poder econômico e político), pois seus autores já estão devidamente “inseridos” na sociedade, e justificar um tratamento mais duro para os criminosos ditos “dessocializados” (os “criminosos de sempre”, os “párias da sociedade”), mesmo que eles tenham praticado crimes de escassa gravidade. No mais, a ressocialização não justifica a punição de autores de crimes cometidos em situações históricas e pessoais irrepitíveis ou ao menos justifica uma execução penal excessivamente branda para tais autores, gerando uma brecha injusta, já que baseada em considerações desvinculadas do crime cometido, no âmbito do poder punitivo estatal.⁴⁴⁴

Dessa forma, uma política criminal contrasseletiva deve repudiar a ressocialização como meta do direito penal, seja no tocante à execução penal⁴⁴⁵, seja no que concerne ao cálculo da pena.

⁴⁴⁴ ANJOS, Fernando Vernice. *Execução Penal e Ressocialização*. Curitiba: Juruá, 2018, p.72.

⁴⁴⁵ Como já sustentado em trabalho anterior, isso não exclui o dever do Estado de prestar *medidas sociais e assistenciais (em sentido lato) a quem necessite no âmbito da execução penal*. O que se sustenta é que tais medidas em nada devem interferir no poder punitivo estatal, devendo apenas ser prestadas em benefício do apenado que necessite delas (p. ex. direito à educação, à saúde física e mental, ao trabalho etc.). Cf. ANJOS, Fernando Vernice. *Execução Penal e Ressocialização*. Curitiba: Juruá, 2018, p.159-164.

5 - MEDIDAS CONTRASSELETIVAS NO ÂMBITO DA TEORIA DA DETERMINAÇÃO DA PENA

5.1. Medidas contrasseletivas relativas à fixação do montante da pena

Serão focados nos tópicos desse capítulo os momentos do cálculo de pena mais sujeitos à seletividade devido à grande discricionariedade judicial existente, quais sejam, a definição do conteúdo jurídico das circunstâncias judiciais, assim como sua viabilidade ou não sob uma ótica contrasseletiva (tópicos 5.1.1. a 5.1.5), o *quantum* do aumento e diminuição nas primeira e segunda etapas do cálculo (tópico 5.1.6.) e a fixação contrasseletiva da modalidade de pena (prisão, restritiva de direitos e/ou multa) e do regime prisional (tópico 5.2.).

Os demais aspectos do cálculo de pena (p. ex. a prova juridicamente aceitável de cada circunstância, definição do conteúdo das agravantes/atenuantes e causas de aumento/diminuição e montante de aumento na terceira fase do cálculo), embora relevantes, são menos sujeitos à seletividade, bastando a orientação geral de se evitar diferenciações arbitrárias e de se concretizar, ao máximo possível, o direito penal do fato em detrimento do direito penal do autor.⁴⁴⁶

Ressalta-se que a meta do presente capítulo é estabelecer mecanismos que se agreguem à determinação da pena. Não é criada uma teoria nova e sim são fornecidos mecanismos contrasseletivos aplicáveis a qualquer teoria de determinação da pena, contanto que essa não seja inerentemente diferenciadora.

Repisa-se que o modo de aplicação das medidas contrasseletivas sustentado no presente trabalho é identificar e sustentar interpretações que afastem diferenciações arbitrárias, quando essas forem possíveis, ou sustentar a inconstitucionalidade do dispositivo quando não for possível qualquer interpretação compatível com o princípio constitucional da igualdade.

⁴⁴⁶ Cf. capítulo 4.

5.1.1. Delimitação da culpabilidade no cálculo da pena

Em um direito penal inserido em um Estado Democrático, a culpabilidade⁴⁴⁷ se apresenta como “critério básico e principal na fixação da pena”⁴⁴⁸, possuindo fulcral importância no cálculo da sanção, que não deve sobejar a medida da culpabilidade.⁴⁴⁹

No entanto, a definição da culpabilidade é uma das questões mais complexas do direito penal, sendo certo que esse instituto possui diversas acepções na dogmática penal.⁴⁵⁰ Tais acepções não são estanques, pois se influenciam na definição de seus conteúdos. No presente tópico, abordaremos três acepções fundamentais da culpabilidade: 1) a referente ao princípio da culpabilidade; 2) a culpabilidade na teoria do delito; e 3) a culpabilidade no cálculo da pena.⁴⁵¹ Uma vez abordadas as três acepções, nos aprofundaremos na terceira, sustentando uma leitura contrassuetiva do instituto e que preze a segurança jurídica.

A *primeira* acepção possui referência constitucional, tratando-se do princípio da culpabilidade, segundo o qual não há pena sem culpa, ou seja, ninguém pode ser punido sem que tenha agido dolosa ou culposamente. Trata-se de princípio constitucional implícito, que pode ser inferido dos artigos 1º, inciso III (dignidade humana como fundamento do Estado Democrático de Direito), 4º, inciso II (prevalência dos direitos humanos), 5º, caput (princípio da liberdade) e 5º, XLVI (princípio da individualização da

⁴⁴⁷ Existe vasta bibliografia sobre o fundamental tema da culpabilidade no Direito Penal. Para uma abordagem profunda e multifacetada, cf. exemplificativamente, CAMARGO, Antonio Luis. *Culpabilidade e Reprovação Penal*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1994, *passim*; MACHADO, Fábio Guedes de Paula. *Culpabilidade no Direito Penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, *passim*; FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos; NÚÑES PAZ, Miguel Angel; OLIVEIRA, William Terra; BRITO, Alexis de Couto. *Direito Penal Brasileiro: Parte Geral*. São Paulo, RT, 2011, p.454-508; ROXIN, Claus. *Derecho Penal: parte general*. 2ª ed. Diego Manuel Luzon Peña *et. al.* Madrid: Civitas, 2014, p.788-968. Para uma abordagem igualmente profunda, mas com orientação dogmática crítica e criminológica, cf. TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Culpabilidade*. 2ªed. São Paulo: Saraiva, 2014, *passim*.

⁴⁴⁸ REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de Direito Penal: Parte Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.406.

⁴⁴⁹ Anota-se que o item 18 da Exposição de Motivos da Parte Geral do Código Penal abraça expressamente o princípio da culpabilidade. Cf. “18. O princípio da culpabilidade estende-se, assim, a todo o Projeto. Aboliu-se a medida de segurança para o imputável. Diversificou-se o tratamento dos partícipes, no concurso de pessoas. Admitiu-se a escusabilidade da falta de consciência da ilicitude. Eliminaram-se os resíduos de responsabilidade objetiva, principalmente nos denominados crimes qualificados pelo resultado.”

⁴⁵⁰ Cf. TEIXEIRA, Adriano. *Teoria da Aplicação da pena: Fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p.115-118.

⁴⁵¹ Em sentido similar, cf. MACHADO, Fábio Guedes de Paula. *Culpabilidade no Direito Penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p.27-28.

pena).⁴⁵² Tal princípio tem clara ligação com o conceito de responsabilidade individual subjetiva, sendo abraçado expressamente pela lei penal, que veda a responsabilidade objetiva (artigos 18 e 19 do Código Penal).⁴⁵³

Parece razoável inferir dessa acepção a regra de que “a pena não pode passar da medida da culpabilidade”, isso em um juízo político de garantia do indivíduo, segundo o qual o agente não pode ser responsabilizado por nenhuma circunstância, em sentido lato, sem que tenha atuado, em relação a ela, com dolo ou culpa. Dessa forma, essa primeira acepção se reflete na culpabilidade no momento do cálculo da pena.

Outro reflexo fundamental dessa primeira acepção no tocante ao cálculo de pena é inferir da regra que “a pena não pode passar da medida da culpabilidade”, sob o aspecto das finalidades da pena, o conceito de que a pena não pode ultrapassar a medida da responsabilidade individual pelo fato cometido por razões preventivas, sejam gerais ou especiais.⁴⁵⁴

A *segunda acepção* é a relativa à culpabilidade como elemento integrante da teoria do delito (junto com a tipicidade e a antijuridicidade). Segundo a concepção dominante na doutrina, a culpabilidade é entendida como culpabilidade normativa, recaindo tanto sobre o ato como seu autor⁴⁵⁵. Conforme bem resume JUAREZ CIRINO DOS SANTOS:

A culpabilidade, como juízo de reprovação, tem por objeto o tipo de injusto, e por fundamento: a) a imputabilidade, como conjunto de condições pessoais mínimas que capacitam o sujeito a saber (e controlar) o que faz, excluída ou reduzida em hipóteses de menoridade ou de doenças e anomalias mentais incapacitantes; b) o conhecimento do injusto, como conhecimento concreto do valor que permite ao autor imputável, saber, realmente, o que faz, excluído ou

⁴⁵² Nesse sentido, cf. PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral*. V.1. 3ª ed. São Paulo: RT, 2002, p.117 (o autor ainda inclui o princípio da igualdade, que veda o mesmo tratamento ao culpável e ao inculpável).

⁴⁵³ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral*. V.1. 3ª ed. São Paulo: RT, 2002, p.117.

⁴⁵⁴ Sustentando, de forma acertada e fundamentada, que a pena não pode ultrapassar, por motivos preventivos, a medida da culpabilidade, cf. ROXIN, Claus. *Derecho Penal: parte general*. 2ª ed. Diego Manuel Luzon Peña et. al. Madrid: Civitas, 2014, p.99-103.

⁴⁵⁵ REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de Direito Penal: Parte Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.406; SOUZA, Luciano Anderson de. *Comentários aos artigos 59 ao 82*. In: REALE JÚNIOR, Miguel (coord.) *Código Penal Comentado*. São Paulo: Saraiva, 2017, p.195-196.

reduzido em casos de erro de proibição; c) a *exigibilidade de conduta diversa*, como expressão de normalidade das circunstâncias do fato e concreta indicação *do poder de não fazer o que fez*, excluído ou reduzido nas situações de exculpação.

Esse conceito de culpabilidade, como juízo de reprovação do autor pela realização tipo de injusto, parece representar a expressão contemporânea dominante do conceito *normativo* de culpabilidade: um juízo de reprovação *sobre* o sujeito (quem é reprovado), que tem por *objeto* a realização do tipo de injusto (o que é reprovado) e por *fundamento* (a) a capacidade geral de saber (*e controlar*) *o que faz*, (b) o conhecimento concreto que permite ao sujeito *saber realmente o que faz*, e (c) a normalidade das circunstâncias do fato que confere ao sujeito *o poder de não fazer o que faz* (porque é reprovado).⁴⁵⁶

Destaca-se que normalmente se sustenta que a culpabilidade é composta do elemento intelectual (imputabilidade) e do elemento volitivo, que seria a reprovabilidade que recai sobre o agente que, de forma consciente (consciência potencial da ilicitude), age de forma contrária ao direito quando lhe era exigível agir de outro modo (exigibilidade de conduta diversa)⁴⁵⁷, o que constitui a teoria normativa pura da culpabilidade. O elemento volitivo constitui a reprovabilidade jurídica, que recai sobre autor devido ao ato praticado.

A base de tal pensamento, de matriz finalista, é aceita por setores significativos da doutrina brasileira⁴⁵⁸ e inspirou o legislador da Parte Geral do Código Penal de 1984, já que as excludentes de culpabilidade previstas em lei se referem aos elementos da culpabilidade segundo essa orientação.⁴⁵⁹

⁴⁵⁶ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: Parte Geral*. 8ª ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p.295-296.

⁴⁵⁷ Nesse sentido, cf. WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista*. Trad. Luiz Régis Prado. São Paulo: RT, 2001, p.137 e ss.

⁴⁵⁸ Cf., exemplificativamente, PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral*. V.1. 3ª ed. São Paulo: RT, 2002, p.342-358; NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal: Parte Geral e Parte Especial*. 6ª ed. São Paulo: RT, 2010, p.289-293; GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 18ª ed. Niterói: Impetus, 2016, p.481-524; MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal: Parte Geral*. 16ª ed. São Paulo: Atlas, 2000, p.197-198.

⁴⁵⁹ Cf. Código Penal, artigo 21: erro de proibição como excludente da “consciência potencial da ilicitude”; artigo 22: coação irresistível e obediência hierárquica à ordem não manifestamente ilegal como excludentes da “exigibilidade de conduta diversa”; e artigos 26, 27 e 28, parágrafo 1º: doença mental, menoridade e embriaguez forçada ou acidental como excludentes da “imputabilidade”.

Todavia, tal orientação encontra críticas da doutrina, sobretudo de autores funcionalistas⁴⁶⁰, com relação a aspectos como a falta de comprovação empírica ou ao menos da delimitação do livre arbítrio e sua ligação com a exigibilidade de conduta diversa, o que deslegitimaria a existência de tal elemento da culpabilidade⁴⁶¹, assim como existem divergências sobre o conteúdo dos demais elementos que compõem o instituto em estudo. A culpabilidade é imersa em tanta controvérsia que é comum que se afirme que, no momento atual, tal instituto se encontra em uma profunda crise quanto ao seu conteúdo.⁴⁶²

Como arremate a essa breve exposição sobre a segunda acepção da culpabilidade, oportuna a lição de ANTONIO LUIS CHAVES CAMARGO sobre a reprovação da conduta e a fundamentação social da pena, o que parece fazer uma ponte entre a segunda e a terceira acepção da culpabilidade:

A pena, portanto, após o trânsito em julgado da sentença, encontra sua justificativa unicamente na reprovação de uma conduta que, ao causar um dano individual, reflete em todo o grupo social, como algo inadmissível para a convivência do mesmo grupo. (...) A pena é o único instrumento existente para a reprovação de uma conduta individual. Mas esta conduta não se resume a condenar uma pessoa pela prática de um crime, ao contrário, é a reafirmação conceitual do bem jurídico. A pena, neste sentido, tem um caráter social e é a consequência de um dissenso, que determinou um dano social relevante.⁴⁶³

⁴⁶⁰ CLAUS ROXIN, por exemplo, sustenta que em conjunto com a culpabilidade também deve ser levada em consideração a necessidade preventiva da pena, o que se diferencia, dentre outros aspectos, da teoria normativa pura (ROXIN, Claus. *Derecho Penal: parte general*. 2ª ed. Diego Manuel Luzon Peña et. al. Madrid: Civitas, 2014, p.791-794).

⁴⁶¹ cf., p.ex., a crítica da teoria da motivabilidade pelas normas, desenvolvida por MIR PUIG e MUÑOS CONDE (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral*. V.1. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p.479-482).

⁴⁶² Nesse sentido, cf. SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: Parte Geral*. 8ª ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p.296. A explicação da evolução e a descrição das múltiplas correntes atuais que buscam estudar a culpabilidade fugiria do objeto do presente trabalho, de maneira que nos remetemos à bibliografia citada nesse tópico para maior aprofundamento, com destaque às longas e pormenorizadas descrições da evolução do instituto em TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Culpabilidade*. 2ªed. São Paulo: Saraiva, 2014, p.30-129 e em MACHADO, Fábio Guedes de Paula. *Culpabilidade no Direito Penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p.42-200 (na mesma obra, na p.25, o autor adverte a falta de uma concepção unitária sobre o tema na dogmática moderna).

⁴⁶³ CAMARGO, Antonio Luis. *Culpabilidade e Reprovação Penal*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1994, p.154 e 162. Do mesmo autor: “No Estado Democrático de Direito, a culpabilidade é o ponto básico para a imposição de uma reprovação penal, tendo em vista uma política criminal.” “O fim da pena, neste sentido, como *ultima ratio* da intervenção estatal, se apresenta com um caráter positivo, que é o restabelecimento do consenso valorativo de um bem jurídico ou de uma relação de comunicação social, num determinado momento da vida social.” (CAMARGO, Antonio Luis Chaves. *Imputação Objetiva e Direito Penal Brasileiro*. São Paulo: Cultural Paulista, 2002, p.115).

A terceira acepção da culpabilidade é a referente ao cálculo de pena. Trata-se da culpabilidade como critério de medição pena⁴⁶⁴, também objeto de polêmica na doutrina.

Explica ADRIANO TEIXEIRA que no âmbito da doutrina alemã há quem defenda uma “ruptura sistemática” entre os elementos da teoria do delito, pressupostos da imputação, com os critérios de aplicação da pena. Nesse contexto, seria preponderante para a culpabilidade no cálculo de pena o “princípio do autor”, segundo a qual a pena deve ser ajustada com a personalidade do autor.⁴⁶⁵ O direito brasileiro, ao valorizar as circunstâncias subjetivas⁴⁶⁶, tende a seguir essa concepção, que flerta com o direito penal do autor, sendo propícia ao incremento da seletividade do sistema penal.⁴⁶⁷ Segundo o autor citado,

a incorreção dessa concepção foi denunciada convincentemente por *Frisch*. Este aponta corretamente que ela abriria as portas para uma valorização ilegítima da personalidade do delinquente e tornaria substrato da determinação da pena fatores não cobertos pela culpabilidade (do fato) do agente, o que estaria, evidentemente, em desacordo com o princípio da culpabilidade.⁴⁶⁸

Também há posição no sentido que há uma comunicação entre as categorias dogmáticas da teoria do delito e o cálculo de pena.⁴⁶⁹ Dessa forma, quando graduáveis, aspectos da tipicidade, da ilicitude e da culpabilidade devem se refletir no cálculo de pena. Assim, a culpabilidade no cálculo de pena se aproximaria da ideia de injusto culpável, devendo haver uma ligação entre os aspectos graduáveis do delito e a pena correspondente. Esclarece o autor que, nesse contexto,

⁴⁶⁴ TEIXEIRA, Adriano. *Teoria da Aplicação da pena: Fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p.117.

⁴⁶⁵ TEIXEIRA, Adriano. *Teoria da Aplicação da pena: Fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p.118-119 (o autor cita ser essa a concepção de BRUNS, inicialmente dominante na doutrina e jurisprudência alemãs).

⁴⁶⁶ Cf. tópico 3.2. supra.

⁴⁶⁷ Nos tópicos seguintes abordaremos a necessidade de diminuir a relevância das circunstâncias subjetivas e de valorizar as objetivas em prol de um sistema penal menos seletivo.

⁴⁶⁸ TEIXEIRA, Adriano. *Teoria da Aplicação da pena: Fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p.119.

⁴⁶⁹ TEIXEIRA, Adriano. *Teoria da Aplicação da pena: Fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p.120-127 (o autor explica ser essa posição compatível com a teoria da determinação da pena proporcional ao fato).

a aplicação da pena é a continuação, a quantificação das categorias dogmáticas da teoria do delito. Portanto, o “se”, e o “como” ou “quanto” não são dois planos independentes, mas sim funcionam como vasos que se comunicam.⁴⁷⁰

Sustenta o autor, com razão, ser essa posição útil para diminuir o arbítrio punitivo, valorizando o direito penal do fato, e parece ser particularmente importante no contexto alemão, onde o marco normativo de cálculo de pena é bem mais aberto do que o brasileiro⁴⁷¹. De fato, é absolutamente razoável que aspectos graduáveis da tipicidade (p. ex. o grau de ataque ao bem jurídico pode justificar o aumento da pena), da ilicitude (p. ex. situações próximas à ocorrência das excludentes podem justificar a diminuição da pena) e da culpabilidade (p. ex. situações limítrofes às dirimentes podem justificar a diminuição da pena) possam interferir no cálculo de pena, conquanto que elas não se confundam com os requisitos mínimos do crime (p. ex. não é razoável aumentar a pena do homicídio porque houve a perda de uma vida humana - comum a qualquer homicídio, mas é razoável aumentar a pena de um furto porque o bem furtado era extremamente valioso).

Focando-se na legislação brasileira que, como estudado⁴⁷², possui um regramento bastante pormenorizado do cálculo da sanção, verifica-se que a culpabilidade no cálculo de pena está exposta, de forma conjunta, com as demais circunstâncias judiciais no artigo 59 do Código Penal. Também é incontroverso que, legalmente, “a culpabilidade é um juízo de valor que admite graduação”, já que, havendo concurso de pessoas, cada uma destas receberá a pena “medida de sua culpabilidade”, nos termos do artigo 29 do Código Penal.⁴⁷³ Todavia, a doutrina brasileira também é divergente com relação ao seu conteúdo⁴⁷⁴.

Existem autores que, seguindo a literalidade da norma do artigo 59, defendem ser a culpabilidade, embora a mais importante, apenas mais um dentre os elementos a serem apreciados no cálculo da sanção, em conjunto com as demais circunstâncias. Nesse

⁴⁷⁰ TEIXEIRA, Adriano. *Teoria da Aplicação da pena: Fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p.120 (com amplas referências).

⁴⁷¹ Cf. DECOIMAN, Pedro Roberto. *Código Penal Alemão: tradução, comparação e notas*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2014, p.175 e ss.

⁴⁷² Cf. tópico 3.1. supra.

⁴⁷³ GALVÃO, Fernando. *Aplicação da pena*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p.86.

⁴⁷⁴ Cf. TEIXEIRA, Adriano. *Teoria da Aplicação da pena: Fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p.128-135.

contexto, o conteúdo da culpabilidade no cálculo de pena não se confunde com a da culpabilidade na teoria do delito, se identificando com um conceito mais aberto de reprovabilidade⁴⁷⁵. No entanto, tal posição padece de grande abertura interpretativa, sendo sujeita a decisionismos por parte do julgador no momento de se definir a reprovabilidade, o que pode dar ensejo ao incremento da seletividade no sistema penal.

Também há posicionamento que não diverge quanto à posição da culpabilidade como mais um dentre os elementos do artigo 59, mas que diverge quanto ao conteúdo da culpabilidade no cálculo de pena. Para essa posição, o conteúdo da culpabilidade no cálculo da pena não difere do conteúdo da culpabilidade na teoria do delito, mudando apenas o seu papel no sistema punitivo. Conferir:

Diferentemente do papel exercido na teoria do delito (atribuição de responsabilidade), na teoria da pena - como critério geral ou específico -, a culpabilidade permitirá analisar o grau de responsabilidade penal do autor do delito. No entanto, apesar de atuar de forma distinta nas teorias do delito (critério qualitativo) e da pena (critério quantitativo), inexistente diferença nos elementos que integram a culpabilidade: (a) imputabilidade, (b) potencial conhecimento do delito e (c) exigibilidade de conduta diversa (...).⁴⁷⁶

Tal posição parece a mais apta a definir, com maior precisão, o conteúdo da culpabilidade no cálculo de pena, delimitando sua aplicação e diminuindo o grau de arbítrio do julgador e, logo, a seletividade de seu atuar. Segundo ela, a culpabilidade está ligada ao grau de responsabilidade do agente pelo fato praticado, e interfere na pena na medida da intensidade da presença de seus elementos, sendo certo que diversas atenuantes (p. ex. menoridade relativa é ligada à imputabilidade; coação resistível é ligada à exigibilidade de conduta diversa) e causas de diminuição (p. ex. semi-imputabilidade é

⁴⁷⁵ BUSATO, Paulo César. *Direito Penal: Parte Geral*. V.1. 3ª ed. São Paulo Gen/Atlas, 2017, p.840. A jurisprudência brasileira também tende a usar esse conceito mais aberto de culpabilidade como reprovabilidade, usando aspectos da gravidade do crime para agravar a pena a título de culpabilidade elevada, como “premeditação” (STJ. HC 118.267/PB, 5ª T., j. 06/04/2010), e “violência exacerbada” (STJ, HC 125.262/MG, 5ª T., j. 18/02/2010) e “crime na presença de crianças” (STJ. HC 100.843/MS 6ª T., j. 04/05/2010 e HC 134.075/DF, 5ª T., j.01/02/2011), cf. AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Aplicação da pena*. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria Advogado, 2013, p.70. Destaca-se que, sob uma visão mais restrita da culpabilidade no cálculo de pena, defendida pelo presente trabalho, esses fatores parecem que se referem mais às “circunstâncias” do crime do que à “culpabilidade” propriamente dita. Cf. tópico 5.1.4. infra.

⁴⁷⁶ CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p.350-351.

ligada à imputabilidade; erro de proibição evitável é ligado à consciência potencial de ilicitude) já são referenciadas na culpabilidade.⁴⁷⁷

Nota-se que isso não justifica o aumento da punição baseada apenas na constatação da existência de certos elementos da culpabilidade, que são pressupostos da aplicação da pena, como, por exemplo, é errado aumentar a pena por ter o réu agido com plena “consciência da ilicitude” do fato, já que, se o condenado não tivesse tal consciência, sequer ele poderia ter sido punido, ou sustentar que determinada pessoa por ser plenamente “imputável” deve ter a pena agravada. De fato, não é possível usar pressupostos da condenação para agravar a pena.⁴⁷⁸ No entanto, em situações limítrofes da existência de tais pressupostos da culpabilidade, que não configurem atenuantes e causas de diminuição, é possível se cogitar em abrandar a pena (p. ex. em casos de especial imaturidade do agente, em certos crimes).

Por outro lado, embora exista posição em sentido contrário, parece bastante razoável tanto diminuir quanto aumentar a pena com base na gradação do vetor “exigibilidade de conduta diversa” com base na posição social do autor, a respeito do qual seria esperado mais incisivamente um comportamento conforme o direito, geralmente devido ao seu *status* e responsabilidade social, ou mesmo por sua situação econômica, em crimes que visam ao lucro (nesse caso, uma situação de miserabilidade poderia justificar uma atenuação da pena e uma situação de opulência econômica um aumento). A “exigibilidade de conduta diversa”, embora também seja um pressuposto para a punição, como os demais vetores da culpabilidade (“imputabilidade” e “consciência potencial da ilicitude”), possui uma graduação mais objetivamente aferível, apta a determinar uma escala de reprovação social da conduta, de modo a justificar uma resposta estatal mais ou menos grave. Essa posição pode, inclusive, ser usada como medida contrasseletiva, na medida em que fornece tratamento mais rigoroso a pessoas socialmente privilegiadas, sempre que essa posição de privilégio aumentar a reprovabilidade de suas condutas.

Todavia, embora razoável o entendimento exposto, sob o marco normativo brasileiro parece preferível levar em consideração a posição social do autor ou sua situação

⁴⁷⁷ CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p.351-354.

⁴⁷⁸ QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal: Parte Geral*. V.1. 13ª ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p.477.

econômica em crimes que visam ao lucro no momento da análise dos vetores “circunstâncias” ou “motivos” do crime⁴⁷⁹, evitando-se dupla consideração dos mesmos fatores sob a esfera de circunstâncias judiciais diversas (*bis in idem*), resguardando à culpabilidade hipóteses mais atinentes à sua esfera específica de atuação. Nesse contexto, é razoável a atenuação da pena nas hipóteses de situações limítrofes à existência de dirimentes de culpabilidade.

Há também quem defenda que a culpabilidade não é apenas mais uma dentre as circunstâncias judiciais, englobando algumas das outras circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal. Seguindo essa vertente, está a posição segundo a qual a culpabilidade seria um termo genérico, cujas especificações seriam as circunstâncias subjetivas “antecedentes”, “conduta social”, “personalidade” e “motivos”.⁴⁸⁰ Outra posição afirma que o conteúdo da culpabilidade no cálculo de pena seria similar ao da culpabilidade da teoria do delito, sendo algumas das circunstâncias judiciais especificações dos elementos da culpabilidade: “personalidade” como especificação da imputabilidade, “conduta social” e “motivos do crime” como especificações da consciência potencial da ilicitude e “comportamento da vítima” como especificação da exigibilidade de conduta diversa⁴⁸¹. Também há posição no sentido de que todas as demais circunstâncias judiciais seriam especificações da culpabilidade⁴⁸² e não elementos independentes.⁴⁸³

Em que pese a sofisticação dessas posições, pondera-se que elas não são as que melhor se adéquam à literalidade da norma do artigo 59 do Código Penal, que diferencia a “culpabilidade” no cálculo de pena das demais circunstâncias judiciais. No âmbito do cálculo de pena, onde o consenso doutrinário tende a ser dificultoso e o arbítrio judicial tende a ser grande, parece razoável se aproximar, o máximo possível, do marco normativo, para aumentar a segurança jurídica e afastar decisionismos, evitando-se o incremento da seletividade no cálculo de pena.

⁴⁷⁹ Cf. tópicos 5.1.3. e 5.1.4. *infra*.

⁴⁸⁰ REALE JÚNIOR, Miguel; DOTTI, René Ariel; ANDREUCCI, Ricardo Antunes; PITOMBO, Sérgio de Moraes. *Penas e Medidas de Segurança no Novo Código*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p.160.

⁴⁸¹ BOSCHI, José Antonio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 7ªed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p.191-194.

⁴⁸² NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena*. 7ªed. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2015, p.158-159.

⁴⁸³ CAMARGO, Antonio Luis. *Culpabilidade e Reprovação Penal*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1994, p.153.

Outra posição é aquela que, a exemplo da discussão trazida pela doutrina alemã acima exposta, sustenta no âmbito do sistema penal brasileiro a comunicação entre as categorias dogmáticas da teoria do delito e o cálculo de pena, sustentando a “culpabilidade” no sentido de injusto culpável, sendo esse o critério central da aplicação da pena.⁴⁸⁴ Concorde-se com essa posição no sentido de conferir aos aspectos variáveis do injusto (p.ex. grau de violação do bem jurídico) destaque no cálculo de pena, sendo razoável se valer de tais aspectos como parâmetro interpretativo (e de limitação) das demais circunstâncias, em sentido lato, previstas no ordenamento brasileiro.⁴⁸⁵ Aliás, a proposta do presente trabalho é de, justamente, valorizar as circunstâncias objetivas do cálculo de pena, tendo em vista sua menor permeabilidade à seletividade⁴⁸⁶, o que segue a mesma lógica de valorização de aspectos da intensidade do injusto.

No entanto, diante do marco normativo brasileiro, discorda-se da necessidade de ampliar o conceito de “culpabilidade” para injusto culpável, já que o rol das circunstâncias é suficientemente amplo para abranger os elementos do injusto, assim como suas graduações. De fato, as circunstâncias judiciais “consequências”. “circunstâncias em sentido estrito”, “motivos” e mesmo o “comportamento da vítima”, embora não correspondam tecnicamente à tipicidade e à antijuridicidade, são termos bastante abertos, aptos a abranger as peculiaridades e gradações do injusto no momento da aplicação da pena.⁴⁸⁷

Ademais, é mais consentâneo com a segurança jurídica conferir um sentido mais similar à culpabilidade na teoria do delito e na aplicação da pena, sendo certo que os elementos da culpabilidade estão bem ancorados no Código Penal, quando esse prevê suas excludentes (artigo 21: erro de proibição como excludente da “consciência potencial da ilicitude”; artigo 22: coação irresistível e obediência hierárquica à ordem não manifestamente ilegal como excludentes da “exigibilidade de conduta diversa”; e artigos 26, 27 e 28, parágrafo 1º: doença mental, menoridade e embriaguez forçada ou acidental

⁴⁸⁴ TEIXEIRA, Adriano. *Teoria da Aplicação da pena: Fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p.135.

⁴⁸⁵ Nesse sentido, de forma pormenorizada, cf. TEIXEIRA, Adriano. *Teoria da Aplicação da pena: Fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p.136-151.

⁴⁸⁶ Cf. tópico 5.1.4. infra.

⁴⁸⁷ Em sentido contrário, TEIXEIRA, Adriano. *Teoria da Aplicação da pena: Fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p.133.

como excludentes da “imputabilidade”), fornecendo parâmetros relativamente claros para a delimitação da culpabilidade no cálculo de pena. Tais parâmetros mais claros diminuem a incidência de juízos arbitrários diferenciadores, de modo a reduzir a possibilidade do uso seletivo da culpabilidade no cálculo de pena.

Ressalta-se que, levando-se em consideração elementos diversos da culpabilidade para aumentar a pena, não se está sustentando que a pena irá ultrapassar a medida da culpabilidade. Na verdade, *a medida da culpabilidade se refere à responsabilidade subjetiva pelo crime objetivamente cometido*, primeira acepção do termo culpabilidade descrita acima, incluindo o *aspecto referente às finalidades da pena, segundo o qual a pena não pode ser agravada por motivos preventivos, devendo a pena ter como teto a medida da responsabilização individual do agente pelo fato praticado*. Nesse sentido, pondera ANTONIO LUIS CHAVES CAMARGO:

nenhum outro critério a não ser o judicial deve ser levado em conta, neste momento da fixação da pena, tais como os de cunho moral, religioso ou necessidade de aplicar uma sanção exemplificativa à ordem social, pois poderiam levar a pena além dos limites da proporcionalidade, necessidade e culpabilidade. A prevenção geral já está contida na cominação e não há razões para que o condenado seja utilizado como exemplo aos demais membros da sociedade, questão esta já afastada desde o neokantismo, por ferir a dignidade humana.⁴⁸⁸

No cálculo de pena, a responsabilização pelo fato objetivamente cometido pelo agente responsável se dá levando em conta todas as circunstâncias, objetivas e subjetivas, direta ou indiretamente ligadas ao fato, constitucionalmente válidas, que possuem previsão legal e que estão vinculadas ao agente, de forma dolosa ou culposa. Assim, levar em consideração aspectos objetivos do crime, como as “consequências” e as “circunstâncias”, mesmo que não estejam vinculados ao conceito de “culpabilidade” na teoria do crime, não significa que a pena possa suplantar a “medida da culpabilidade”, pois estamos tratando de acepções diferentes de culpabilidade.

Dessa forma, visando à individualização da pena, todas as circunstâncias judiciais constitucionalmente válidas devem ser usadas tanto para agravar quanto para

⁴⁸⁸ CAMARGO, Antonio Luis. *Sistema de Penas, Dogmática Jurídico-Penal e Política Criminal*. São Paulo: Cultural Paulista, 2002, p.184.

atenuar a pena⁴⁸⁹, apenas atentando-se para que a pena não passe da medida da culpabilidade, em sentido lato, ou seja, *não podendo a pena sobejar a medida da responsabilidade individual por razões preventivas*.

5.1.1.1. Cculpabilidade e culpabilidade pela vulnerabilidade

No estudo da seletividade penal é importante a abordagem da coculpabilidade e da culpabilidade pela vulnerabilidade social, desenvolvidas por ZAFFARONI.

Com relação à *coculpabilidade*, assim sustenta o autor:

Todo sujeito age numa circunstância determinada e com um âmbito de autodeterminação também determinado. Em sua própria personalidade há uma contribuição para esse âmbito de autodeterminação, posto que a sociedade - por melhor organizada que seja - nunca tem a possibilidade de brindar a todos os homens com as mesmas oportunidades. Em consequência, há sujeitos que têm um menor âmbito de autodeterminação, condicionado desta maneira por causas sociais. Não será possível atribuir estas causas sociais ao sujeito e sobrecarregá-lo com elas no momento da reprovação da culpabilidade. Costuma-se dizer que há, aqui, uma “coculpabilidade”, com a qual a própria sociedade deve arcar. Tem-se afirmado que este conceito de coculpabilidade é uma ideia introduzida pelo direito penal socialista. Cremos que a coculpabilidade é herdeira do pensamento de Marat (...) e, hoje faz parte da ordem jurídica de todo Estado Social de Direito, que reconhece direitos econômicos e sociais, e, portanto, tem cabimento no CP mediante a disposição genérica do art.66.⁴⁹⁰

Nota-se que o conceito de coculpabilidade, ao que parece, está inserto no paradigma dominante de culpabilidade como reprovação, em meio ao qual a falta de oportunidades sociais implica menor reprovação da conduta do agente, que teve menos oportunidades de agir de outro modo, por razões advindas da estrutura da própria sociedade. No caso, sugere-se o uso da circunstância atenuante inominada prevista no artigo 66 do Código Penal para aplicação da atenuação pela coculpabilidade.

⁴⁸⁹ Com a exceção dos “antecedentes”, que só podem agravar a pena, pelas razões expostas no tópico 3.1. supra.

⁴⁹⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral*. 5ª ed. São Paulo: RT, 2004, p.580. Sobre o tema, cf. GUILHERME, Lázaro Gonçalves Samuel. *Coculpabilidade penal: uma questão social*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2018, *passim*.

A coculpabilidade é criticável ao se basear no grau de autodeterminação do indivíduo, que é parâmetro bastante poroso, para não dizer impossível de quantificação. Também há uma perigosa aproximação da coculpabilidade com o conceito de que o crime seria comportamento predominante nas classes sociais mais vulneráveis, ideia essa já rebatida pelos estudos da “criminalidade colarinho branco”.⁴⁹¹

Ademais, o modo pelo qual é exposta a coculpabilidade peca pela generalização dos delitos que possam ser atenuados pela condição social do agente. Do modo como é exposta, pode-se cogitar que diversos crimes poderiam ter sua pena atenuada por conta das oportunidades sociais mais restritas, o que pode gerar hipóteses insustentáveis, como punir menos gravemente um caso de violência doméstica porque o autor foi criado em um meio machista.

A rigor, apenas crimes de cunho patrimonial poderiam ser atenuados, sendo necessária maior delimitação das circunstâncias em que isso se daria, pois não pode ser qualquer privação social que justifique isso, mas apenas situações realmente extremas, que tangenciassem o estado de necessidade ou a inexigibilidade de conduta diversa⁴⁹². Para tanto, todavia, não seria necessário o conceito de coculpabilidade, podendo o intérprete se valer dos próprios elementos graduáveis da “culpabilidade”⁴⁹³ ou dos vetores “motivos” ou “circunstâncias” do crime⁴⁹⁴ para a fixação da pena.

A *culpabilidade pela vulnerabilidade social*, por seu turno, advém de uma concepção negativa da pena (teoria agnóstica⁴⁹⁵) e tem como um dos antecedentes a própria coculpabilidade, sendo, todavia, mais ampla, contrapondo-se ao conceito dominante de culpabilidade como reprovação.⁴⁹⁶

⁴⁹¹ Cf. tópico 1.5. supra. O próprio ZAFFARONI se atentou a esse uso equivocado da coculpabilidade. Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro*. V.2. T.2. Rio de Janeiro: Revan, 2017, p.171-172.

⁴⁹² Cf. tópico 5.1.3. infra.

⁴⁹³ Cf. tópico 5.1.1. supra.

⁴⁹⁴ Cf. tópicos 5.1.3. e 5.1.4. infra.

⁴⁹⁵ Cf. tópico 2.2. supra.

⁴⁹⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro*. V.2. T.2. Rio de Janeiro: Revan, 2017, p.160-173. Sobre o tema, cf. CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p.228-242.

Tendo em vista a ilegitimidade do sistema penal devido à sua seletividade, defende-se a impossibilidade de sustentar a culpabilidade como sendo reprovação, mesmo jurídica, por essa ter caráter moralista, refratário aos princípios da isonomia, dignidade humana e da autonomia moral da pessoa.⁴⁹⁷ Confira-se:

Na verdade, a ideia de “reprovação” termina por legitimar o poder punitivo concretamente exercido sobre o criminalizado, devido a sua íntima conotação com uma concepção retributiva da sanção penal; não por acaso, num dispositivo estratégico sobre aplicação da pena a *vox* reprovação se enuncia como sinônimo de retribuição (cf. art.59 CP).⁴⁹⁸

Nesse sentido, surge o conceito de culpabilidade como vulnerabilidade social, sendo esse um limite à irracionalidade seletiva do direito penal, de modo que a culpabilidade incorpora o dado seletivo para poder legitimar a função redutora do direito penal, em detrimento de legitimar o próprio poder punitivo.⁴⁹⁹ Trata-se de um novo conceito de culpabilidade e não apenas um mero corretivo ao conceito tradicional de culpabilidade.⁵⁰⁰

Esse tipo de culpabilidade incorpora a seletividade e objetiva compensá-la ou atenuá-la, valendo-se do seguinte raciocínio: quanto menos a pessoa se esforçar para ser alcançado pelo poder punitivo, tendo em vista o seu grau de vulnerabilidade ao mesmo, (por razões sociais, econômicas e culturais), menor a culpabilidade.⁵⁰¹ Conferir:

A constatação de que a seletividade do sistema penal não se manifesta apenas em função do estado de vulnerabilidade indica que algo deve o sujeito fazer para ser criminalizado. Este algo é aquilo que cobre a distância entre a probabilidade de criminalização, provinda de seu estado de vulnerabilidade, e sua concreta criminalização secundária numa específica situação de vulnerabilidade, e podemos designá-lo por esforço por vulnerabilidade (ou, analiticamente, por

⁴⁹⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro*. V.2. T.2. Rio de Janeiro: Revan, 2017, p.164-165;

⁴⁹⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro*. V.2. T.2. Rio de Janeiro: Revan, 2017, p.165.

⁴⁹⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro*. V.2. T.2. Rio de Janeiro: Revan, 2017, p.165-166.

⁵⁰⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro*. V.2. T.2. Rio de Janeiro: Revan, 2017, p.169.

⁵⁰¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro*. V.2. T.2. Rio de Janeiro: Revan, 2017, p.167-168.

esforço pessoal do sujeito para alcançar a concreta situação de vulnerabilidade). Embora seja certo que toda pessoa que se encontra em baixo estado de vulnerabilidade (ricos e poderoso) precisa de empreender um considerável esforço para chegar à concreta situação de vulnerabilidade, o contrário nem sempre é correto. Não cabe concluir que quando uma pessoa parte de um alto estado de vulnerabilidade (pobres e impotentes) seu esforço é invariavelmente pequeno: se, geralmente, ela pode chegar à concreta situação de vulnerabilidade mediante exíguo esforço, não é incomum que a alcance de empenhado afínco, como por exemplo se dá na prática reiterada de graves injustos ou mesmo no cometimento de um só cujas características estapafúrdias o remetem a iniludível situação de vulnerabilidade.⁵⁰²

No presente trabalho já foram contrapostos, sucintamente, alguns fundamentos da teoria agnóstica⁵⁰³, além de ter sido e sustentado que medidas contrasseletivas podem ser feitas no sentido de legitimar o próprio poder punitivo.⁵⁰⁴ No particular, como crítica à culpabilidade pela vulnerabilidade social⁵⁰⁵, apenas acrescenta-se que a reprovação jurídica não se confunde, necessariamente, com uma reprovação estritamente moral⁵⁰⁶, pois deve estar baseada no ordenamento jurídico e de acordo com a Constituição, que constitui a programação ética mínima de nossa sociedade. Os valores de onde se deve extrair a reprovabilidade são constitucionais e pluralistas, não arbitrários e moralistas, de maneira a convalidar o sistema penal em um regime democrático.⁵⁰⁷ Obviamente não se ignora as falhas em cumprir tal programação, todavia, ela por si não é ilegítima.

Da mesma forma, não se ignora a seletividade do sistema penal⁵⁰⁸, no entanto, não se vislumbra dessa constatação a necessidade de alterar, por completo, o paradigma da

⁵⁰² ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro*. V.2. T.2. Rio de Janeiro: Revan, 2017, p.168.

⁵⁰³ Cf. tópico 2.2. supra.

⁵⁰⁴ Cf. capítulo 4. supra.

⁵⁰⁵ Criticando a coculpabilidade e a culpabilidade pela vulnerabilidade social, cf. MACHADO, Fábio Guedes de Paula. *Culpabilidade no Direito Penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p.186-193.

⁵⁰⁶ Concorde-se que juízos estritamente morais e religiosos devem ser afastados do juízo da culpabilidade, que deve se ater a um paradigma de Estado laico e secularizado.

⁵⁰⁷ “Pode-se aqui também ressaltar que para o Direito Penal moderno, a sua função é entendida como proteção da liberdade e da segurança social do indivíduo, bem como das condições de existência da sociedade.” “Isso quer dizer que pressuposto de toda punibilidade não é a infração ética, mas sim um dano social.” “Disso resulta que a função do Direito Penal foi limitada à proteção subsidiária de bens jurídicos.” (MACHADO, Fábio Guedes de Paula. *Culpabilidade no Direito Penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p.193). Retomaremos o tema ao abordar a circunstância “motivos”, cf. tópico 5.1.3.

⁵⁰⁸ Cf. capítulo 1 supra.

culpabilidade. Admite-se, por certo, que a criminalização de condutas é imersa em metarregras que interferem na seleção das pessoas criminalizadas. Apenas não se infere como a diferença da probabilidade de ser criminalizado, assim como o esforço da pessoa em ser criminalizada, possa interferir na resposta estatal ao fato efetivamente praticado.

Em um sistema de punição que se atém mais ao fato do que ao agente que o praticou, não faz muito sentido punir com menos intensidade porque o autor foi mais facilmente selecionado pelo sistema penal. Na verdade, isso acaba valorizando mais a situação da pessoa criminalizada do que o fato em si praticado, o que flerta com o direito penal do autor.

Por outro lado, admite-se levar em consideração o aspecto de vulnerabilidade social do agente quando da análise dos “motivos do crime”, para atenuar a pena em situações limítrofes ao estado de necessidade ou de inegibilidade de conduta diversa.⁵⁰⁹ No entanto, isso se dá no aspecto de menor reprovação jurídica da conduta do autor e não porque ele foi mais facilmente criminalizado por sua situação de vulnerabilidade.

Em suma, embora seja admirável o esforço contrasseletivo da culpabilidade pela vulnerabilidade social, tal instituto não parece ser o mais adequado para o nosso sistema penal, devendo o esforço contrasseletivo se inserir no paradigma de culpabilidade abraçado, majoritariamente, pela doutrina.

5.1.2. Afastamento das circunstâncias “personalidade” e “conduta social”

Como já abordado⁵¹⁰, o cálculo de pena no Brasil, tendo em vista a discricionariedade existente nesse seara, valoriza o *subjetivismo do julgador*, com o objetivo de alcançar a individualização da pena adequada à *subjetividade do agente* condenado.⁵¹¹ Nada mais comprova essa assertiva do que a previsão legal e a grande

⁵⁰⁹ Cf. tópico 5.1.3. infra.

⁵¹⁰ Cf. tópico 3.2. supra.

⁵¹¹ Criticamente, com razão, cf. a posição de TATIANA DE OLIVEIRA STOCO: “Lei, doutrina e jurisprudência compartilham, ainda hoje, a visão subjetivista arraigada em nosso sistema penal de fixação judicial da pena.” “Quanto mais a subjetividade do autor importa para o processo de dosimetria, mais o objetivo de individualização distancia-se da realidade possível, submetendo o agente, na prática, a uma pena arbitrária e

valorização teórica e prática das circunstâncias judiciais “personalidade” e “conduta social”.

As circunstâncias sob estudo são subjetivas (relativas ao agente criminoso), desvinculadas do fato criminoso (embora haja quem afira a “personalidade” do modo como o crime foi praticado⁵¹²) e são extremamente abertas, ou seja, possuem conteúdo pouco delimitado, sujeito ao subjetivismo do intérprete.

A “personalidade” é geralmente definida pela doutrina penal de maneira muito ampla e pouco técnica. Com efeito, a “personalidade” é objeto de controvérsia mesmo nas searas da psicologia e da psiquiatria⁵¹³, sendo que o aplicador da lei, à míngua de formação nessas áreas, vale-se de um conceito leigo de personalidade, como “conjunto de *sentimentos/emoções* pessoais distribuídos entre os polos de *emotividade/estabilidade*, ou de *atitudes/reações* individuais na escala sociabilidade/agressividade, que pouco indicam sobre a *personalidade* do condenado”⁵¹⁴ nas áreas da psicologia e da psiquiatria.

Vejamos algumas definições de “personalidade” na doutrina majoritária, que a defende como juridicamente sustentável em nosso ordenamento jurídico:

Personalidade - deve ser entendida como síntese das qualidades morais e sociais do indivíduo. Na lição de Aníbal Bruno, personalidade “é um todo complexo, porção herdada e porção adquirida, com o jogo de todas as forças que determinam ou influenciam o comportamento humano.” Na análise da personalidade, deve-se verificar sua boa ou má índole, sua maior ou menor

dissociada do fato praticado.” (STOCO, Tatiana de Oliveira. *Personalidade do agente na fixação da pena*. São Paulo: RT, 2014, p.103).

⁵¹² A ideia de crime como sintoma da personalidade possui origem na escola positivista criminológica, e foi abraçada por importantes autores, tendo relevância até os dias atuais. Por exemplo, cf.: “O crime vale como sintoma da personalidade do criminoso, e não como entidade abstrata.” (...) Impõe-se, assim, a individualização, considerando o conteúdo do crime e a personalidade do delinquente para determinar o tratamento praticamente mais adequado.” (...) “A proporção a obter é entre o delinquente e a pena, para neutralizar as causas do crime.” “Em última análise, a pena deve justapor-se às peculiaridades do estado perigoso revelado pela infração.” (LYRA, Roberto. *Comentários ao Código Penal*. V.II. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p.177, ressalvando-se que o autor teceu tais comentários sob marco normativo que, ao contrário do atual, agasalhava, expressamente, a periculosidade de imputáveis).

⁵¹³ Afirmando que o “conceito jurídico de personalidade a que se refere o art. 59 não tem por que ser o mesmo conceito psicológico ou psiquiátrico de personalidade, isso porque tal conceito é algo que, nessas ciências, não goza de uniformidade, nada oferecendo para o direito como suporte seguro para a avaliação de algo tão importante quanto a carga penal”, cf. BUSATO, Paulo César. *Direito Penal: Parte Geral*. V.1. 3ª ed. São Paulo Gen/Atlas, 2017, p.844.

⁵¹⁴ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: Parte Geral*. 8ª ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p.562-563.

sensibilidade ético-social, a presença ou não de eventuais desvios de caráter de forma a identificar se o crime constitui um episódio acidental na vida do réu.⁵¹⁵

A análise da *personalidade* é relativa às qualidades morais, a boa ou má índole, o sentido moral do criminoso, bem como sua agressividade e o antagonismo com a ordem social.⁵¹⁶

A personalidade é formada pelo conjunto de dados externos e internos que moldam um feitio de agir do réu, instrumental que herdou ou adquiriu e com o qual responde às diversas situações que lhe são propostas na vida diária. Foi definida como “a organização dinâmica dos sistemas psicofísicos que determinam o ajustamento do indivíduo ao meio circundante.” Quanto mais esse conjunto levou o réu a comportamentos reprováveis, tanto mais o crime é um reflexo dessa personalidade, que, por isso mesmo, deve sofrer um juízo negativo; é o que acontece quando a personalidade do autor revela tendências criminais.⁵¹⁷

Já a “conduta social” tende a ser definida na doutrina de maneira ainda mais ampla, sendo majoritariamente aceita como necessária à individualização da pena. Vejamos a definição de alguns doutrinadores que não questionam a sua validade em nosso ordenamento jurídico:

Conduta social - Deve-se analisar o conjunto do comportamento do agente em seu meio social, na família, na sociedade, na empresa, na associação de bairro etc. Embora sem antecedentes criminais, um indivíduo pode ter sua vida recheada de deslizes, infâmia, imoralidades, reveladores de desajuste social. Por outro lado, é possível que determinado indivíduo, mesmo portador de antecedentes criminais, possa ser autor de atos beneméritos, ou de grande relevância social ou moral.⁵¹⁸

Por conduta social quer a lei traduzir o comportamento do agente perante a sociedade. Verifica-se o seu relacionamento com seus pares, procura-se descobrir o seu temperamento, se calmo ou agressivo, se possui algum vício, a

⁵¹⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral*. V.1. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p.790.

⁵¹⁶ BUSATO, Paulo César. *Direito Penal: Parte Geral*. V.1. 3ª ed. São Paulo Gen/Atlas, 2017, p.844.

⁵¹⁷ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Aplicação da pena*. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria Advogado, 2013, p.73-74.

⁵¹⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral*. V.1. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p.791.

exemplo de jogos ou bebidas, enfim, tenta-se saber como é o seu comportamento social, que poderá ou não ter influenciado no cometimento da infração penal.⁵¹⁹

A conduta social consiste no modo pelo qual o agente exerceu os papéis que lhe foram reservados na sociedade. Trata-se de averiguar, por essa circunstância, o seu desempenho na sociedade, em família, no trabalho, no grupo comunitário, formando um conjunto de fatores do qual talvez não tenha surgido nenhum fato digno de registro especial, mas que serve para avaliar o modo pelo qual o agente se tem conduzido na vida de relação. Esse exame permitirá concluir se o crime é um simples episódio, resulta de má educação ou revela sua propensão para o mal.⁵²⁰

Há, inclusive, quem inclua na “conduta social” passagens policiais e judiciais inaptas a gerar antecedentes⁵²¹. Conferir:

A conduta social se refere a todo o histórico de vida social do condenado. Como ele se relaciona na vizinhança, no seu trabalho, na sua família, sua interação com o sistema penal, os registros policiais que não configuram antecedentes, que inegavelmente fazem parte da vida do condenado.⁵²²

A jurisprudência, por sua vez, de forma amplamente majoritária, abraça a “personalidade” como vetor importante para o cálculo de pena, havendo decisões que, exemplificativamente, justificam o aumento da pena com base em

expressões vagas como “personalidade voltada para o crime” (STJ. HC 149845/SP, 5ª T., Rel. Min. Jorge Mussi, j. 11/05/2010), “personalidade deturpada” (STJ. HC 87.028/MS, 5ª T., Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 04/10/2007), “o acusado faz do crime seu modo de vida” (STJ. HC 131.389/MS, 6ª T., Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 23/11/2010), sem com isso

⁵¹⁹ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 18ª ed. Niterói: Impetus, 2016, p.683-684.

⁵²⁰ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Aplicação da pena*. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria Advogado, 2013, p.73.

⁵²¹ Em sentido contrário à admissão de ocorrências criminais que não configuram antecedentes como sendo conduta social negativa, cf. GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 18ª ed. Niterói: Impetus, 2016, p. 684. No mesmo sentido, cf. tópico 5.1.3 infra.

⁵²² BUSATO, Paulo César. *Direito Penal: Parte Geral*. V.1. 3ª ed. São Paulo Gen/Atlas, 2017, p.843 (anota-se que o autor aponta que os registros criminais podem ser analisados a favor ou contra o réu, pois, caso “revelem características de opressão do sujeito pelo sistema”, seriam “capazes de atenuar a pena”).

declinar que caminho lógico, técnico ou empírico utilizou para a atribuição de tais predicados ao réu.⁵²³

Em julgados do STF foram empregadas na definição da circunstância judicial a *personalidade voltada para o crime* (RT 764/499), ou a *personalidade deformada do paciente, incompatível com a vida em sociedade* (HC 76.396, rel. Min. Maurício Correa, DJU 22.05.1998); ou, que devem ser lembradas as “qualidades morais do apenado, a sua boa ou má índole, o sentido moral do criminoso, bem como sua agressividade e o antagonismo em relação à ordem social e seu temperamento” (HC 91.176/SP, rel. Min. Eros Grau, j. 16.10.2007).⁵²⁴

Igualmente de forma maciça, a jurisprudência entende válida a consideração da “conduta social” como vetor do cálculo de pena⁵²⁵. Na verdade, a jurisprudência, no mais das vezes, restringe-se em analisar o que pode e o que não pode ser alegado como “conduta social” apta a agravar a pena, não se debruçando em analisar a idoneidade dessa circunstância em nosso sistema jurídico.

No entanto, a previsão das circunstâncias judiciais “personalidade” e “conduta social”, são objeto de grande objeção por parcela expressiva da doutrina.⁵²⁶ Conforme resume LUCIANO ANDERSON DE SOUZA:

⁵²³ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da pena: limites, princípios e novos parâmetros*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p.160 (no original, os julgados estão em notas de rodapé).

⁵²⁴ ROSSETO, Enio Luiz. *Teoria e aplicação da pena*. São Paulo: Atlas, 2014, p.128 (o autor é crítico do uso dos termos abertos citados, mas não, aparentemente, do uso do vetor “personalidade” em si).

⁵²⁵ Cf., exemplificativamente: STJ. 5ª T., HC 175.907-ES, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j.7/4/2011. STJ. 6ª T., HC 120.353-SP, Rel. Min. Og Fernandes, j. 9/2/2010; STJ. Corte Especial, Arguição de Inconstitucionalidade no HC 120.353-SP, Rel. originário Min. Og Fernandes, Rel. para acórdão Min. Ari Pargendler, j. 4/11/2009.

⁵²⁶ Segue um resumo de algumas posições críticas sobre o tema na doutrina nacional. No sentido que a “conduta social” e a “personalidade” são incompatíveis com o direito penal do fato, tratando-se de manifestação de um direito penal do autor, cf. PASCHOAL, Luana. *O juiz e a aplicação da pena: análise doutrinária, jurisprudencial e deontológica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, *passim*; QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal: Parte Geral*. V.1. 13ª ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p.450-451 e 464-465. Criticando a existência das circunstâncias em questão devido à falta de definição do conteúdo, moralismo do conteúdo atribuído e por serem refratárias ao direito penal do fato, mas ponderando que a circunstância “conduta social”, no sentido de vulnerabilidade social, pode ser usada para beneficiar o réu, cf. CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p.366-375. Sustentando que a “personalidade” e a “conduta social” deveriam ser afastadas do ordenamento, mas ponderando que, para se evitar a declaração de inconstitucionalidade, tais fatores poderiam indicar, eventualmente, uma “culpabilidade” menos elevada, cf. TEIXEIRA, Adriano. *Teoria da Aplicação da pena: Fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p.137-138. Afirmando expressamente ser a “conduta social” refratária ao direito penal do fato, cf. SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: Parte Geral*. 8ª ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p.562.

Muito embora a doutrina e jurisprudência pátrias, em sua maioria, não questionem a respeito, a personalidade e a conduta social do agente, enquanto circunstâncias judiciais para fixação da pena, denotam resquício de Direito Penal de autor, incompatível com um Estado Democrático de Direito (...). A boa ou má índole do acusado, ou seu comportamento no meio onde vive, uma vez que não criminoso, são elucubrações morais e atécnicas que não podem validamente ser consideradas em seu prejuízo. São cláusulas por demais porosas e que não dizem respeito ao fato delitivo em julgamento, merecendo, portanto, melhor reflexão dogmática. O forte subjetivismo aqui presente dá lastro ao arbítrio estatal.⁵²⁷

Com efeito, pode-se criticar a previsão das circunstâncias judiciais “personalidade” e “conduta social”, por ao menos três razões:

- 1) por sua base moralista e atécnica⁵²⁸ (no sentido de não seguir os postulados das ciências psicológica e psiquiátrica), estruturada no subjetivismo do julgador e, muitas vezes, baseada em preconceitos e estereótipos;
- 2) por se tratar de uma clara manifestação do direito penal do autor, já que tais elementos não se referem ao fato, punindo o agente pelo que ele é, assim como por sua suposta “periculosidade”, e não pelo que fez; e

Sustentando expressamente ser a “personalidade” contrária ao direito penal do fato, cf. GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 18ª ed. Niterói: Impetus, 2016, p.684. Defendendo, após criticar a previsão das circunstâncias judiciais “conduta social” e “personalidade” em nosso ordenamento, que ambas só podem ser usadas para atenuar a pena, cf. ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da pena: limites, princípios e novos parâmetros*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p.153-167. Em sentido similar, mas justificando a atenuação da pena pelo vetor “personalidade” com base na prevenção especial positiva, cf. MASSUD, Leonardo. *Da pena e sua fixação: finalidades, circunstâncias judiciais e apontamentos para o fim do mínimo legal*. São Paulo: DPJ, 2009, p.159-167. Céticos quanto à possibilidade do julgador emitir juízo de valor sobre a “personalidade” do acusado, embora aceitem a “conduta social” como vetor para o cálculo de pena, cf. BOSCHI, José Antonio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 7ªed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p.169-177; GALVÃO, Fernando. *Aplicação da pena*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p.147-150. Cética quanto à possibilidade do julgador aferir a “conduta social” do acusado sem descambar em preconceitos de classe, sendo crítica também da “personalidade” como vetor do cálculo de pena, embora a admita por estar prevista em lei, cf. BARREIROS, Yvana Savedra de Andrade. *Individualização da pena: um desafio permanente*. Curitiba: Juruá, 2009, p.57-63. Crítica quanto ao subjetivismo do julgador na área do cálculo de pena e defendendo a substituição do critério “personalidade” pelo vetor “condições pessoais do acusado”, cf. STOCO, Tatiana de Oliveira. *Personalidade do agente na fixação da pena*. São Paulo: RT, 2014, *passim*.

⁵²⁷ SOUZA, Luciano Anderson de. *Comentários aos artigos 59 ao 82*. In: REALE JÚNIOR, Miguel (coord.) *Código Penal Comentado*. São Paulo: Saraiva, 2017, p.197.

⁵²⁸ Sustentando que o “juiz não precisa ser um técnico para avaliar a personalidade, bastando o seu natural bom senso”, cf. NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena*. 7ªed. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2015, p.175.

3) pela abertura dos termos, o que permite inaceitável carga de discricionariedade por parte do julgador, exacerbando o subjetivismo no cálculo da pena.

As três razões apontadas, focando-se no tema do presente trabalho, demonstram que as circunstâncias judiciais “personalidade” e “conduta social” incrementam, de forma irremediável, a seletividade do sistema penal. Não se vislumbra possível uma leitura contrasseletiva das circunstâncias judiciais em questão, que devem ser afastadas do cálculo de pena.

Com base na primeira razão, constata-se que os vetores “personalidade” e “conduta social”, ao se basearem em uma base moralista, estruturada no subjetivismo do julgador, são extremamente propícios a um tratamento diferenciado, juridicamente insustentável, entre pessoas que praticaram condutas similares, o que ofende o princípio da igualdade.

Nota-se ser impossível ao julgador se despir de eventuais estereótipos, que muitas vezes são inconscientes, e de juízos estritamente morais, ao lidar com termos dessa natureza. Ao definir “conduta social” e “personalidade”, naturalmente o julgador se valerá de paradigmas do lugar social que ocupa, o que tende a ser deletério aos integrantes de segmentos socialmente vulneráveis.

Nessa direção, analisando a influência, no ato de julgar, dos estereótipos assim como das chamadas “teorias de todos os dias”, que seriam aquelas advindas do senso comum de determinado grupo social do qual o julgador faz parte, sustenta ALESSANDRO BARATTA:

Também o insuficiente conhecimento e capacidade de penetração do mundo do acusado, por parte do juiz, é desfavorável aos indivíduos provenientes dos estratos inferiores da população. Isto não só pela ação exercida por estereótipos e por preconceitos, mas também pela exercida por uma série das chamadas “teorias de todos os dias”, que o juiz tende a aplicar na reconstrução da verdade judicial.

Pesquisas empíricas têm colocado em relevo as diferenças de atitude emotiva e valorativa dos juízes, em face de indivíduos pertencentes a diversas classes sociais. Isto leva os juízes, inconscientemente, a tendência de juízos diversificados conforme a posição social dos acusados, e relacionados tanto à

apreciação subjetivo do delito (dolo, culpa) quanto ao caráter sintomático do delito em face da personalidade (prognose sobre a conduta futura do acusado), e, pois, à individualização e à mensuração da pena destes pontos de vista. A distribuição das definições criminais se ressentem, por isso, de modo particular, da diferenciação social. Em geral, pode-se afirmar que existe uma tendência por parte dos juízes de esperar um comportamento conforme à lei dos indivíduos pertencentes aos estratos médios e superiores; o inverso ocorre com os indivíduos provenientes dos estratos inferiores.⁵²⁹

Na mesma toada, com relação à “personalidade”, assim se posiciona JUAREZ TAVARES:

Normalmente, a aferição da personalidade é conduzida sobre elementos da percepção diária, levada a efeito pelas manifestações da pessoa em seu ambiente. Segundo as dificuldades na coleta dos dados dessa percepção, é comum mesclarem-se a isso todos os preconceitos, estereótipos e juízos negativos que não lhe pertencem, e, sim, aos conceitos morais, nem sempre correspondentes ao ambiente real da manifestação personalista. A afirmação no sentido de que o autor tem personalidade voltada para o crime, diapasão básico das sentenças criminais, inclui-se no âmbito desses preconceitos ou estereótipos, pertencendo, assim, a um juízo moral negativo, que nada tem a ver com a avaliação efetiva da personalidade, ou da vida mental do sujeito, em confronto com sua forma de adaptação ao ambiente.⁵³⁰

Já em relação à “conduta social”, no mesmo sentido pondera YVANA SAVEDRA DE ANDRADE BARREIROS:

Desse modo, não é ilação afirmar que por trás do quesito conduta social do agente também há estereótipos que atingem determinadas classes sociais e outras não. Ou seja, há uma tendência em se conceber certos sujeitos como delinquentes, em função, por exemplo, do meio social em que vivem. Habitar um bairro pobre da periferia pode resultar, assim, muitas vezes, num padrão de conduta social que diverge daquele entendido como adequado para os sujeitos

⁵²⁹ BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica ao Direito Penal*, 2ªed. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999, p.177-178.

⁵³⁰ TAVARES, Juarez. *Culpabilidade e individualização da pena*. In: NASCIMENTO, André; BATISTA, Nilo. *Cem anos de reprovção: uma contribuição transdisciplinar para a crise da culpabilidade*. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p.148-149.

economicamente mais favorecidos, dentre os quais, em geral, se inclui o magistrado.⁵³¹

Com relação à segunda razão de refutação, qual seja, o fato dos vetores “personalidade” e “conduta social” serem manifestação do direito penal do autor, parece claro que ambos, sob qualquer ângulo, tendo em vista as definições expostas, não se referem ao fato propriamente dito, mas à pessoa do autor, sem qualquer consideração direta com o fato, possibilitando que pessoas que tenham praticado crimes idênticos recebam punições muito díspares.⁵³²

Já com relação à terceira razão de refutação, referente à enorme abertura interpretativa dos termos, isso pode ser facilmente aferível das definições de “personalidade” e “conduta social” acima transcritos. Diversos termos pouquíssimos definidos ou definíveis, como “conjunto de qualidades morais” para aferir a “personalidade”, e “todo o histórico de vida social do condenado” para aferir “conduta social”, são usados pela doutrina, sendo que eles não fornecem qualquer concretude apta à necessária segurança jurídica. Nesse sentido, posiciona-se LUANA PASCHOAL:

Com efeito, o dilema é que esses requisitos personalidade e conduta social admitem uma motivação muitíssima aberta e ampla por parte do magistrado, em detrimento do modelo de legalidade estrita, ou melhor, de tipicidade fechada, que (...) entende-se como o que melhor condiciona um sistema punitivo mais seguro e racional.⁵³³

Dessa forma, à míngua de maior concretude dos vetores “personalidade” e “conduta social”, fica autorizado um imenso subjetivismo por parte do intérprete, que pode descambar (e normalmente descamba) para diferenciações arbitrárias, aptas a alimentar a seletividade do sistema penal.

Em suma, a “personalidade” e a “conduta social” alimentam, de forma irremediável, a seletividade do sistema penal, devendo ser ambas afastadas por não se

⁵³¹ BARREIROS, Yvana Savedra de Andrade. *Individualização da pena: um desafio permanente*. Curitiba: Juruá, 2009, p.58.

⁵³² Nosso posicionamento sobre o direito penal do autor e a necessidade da efetivação do direito penal do fato como medida propícia à diminuição da seletividade do sistema penal foi exposto nos tópicos 3.3. e 4.2. supra.

⁵³³ PASCHOAL, Luana. *O juiz e a aplicação da pena: análise doutrinária, jurisprudencial e deontológica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p.14.

vislumbrar qualquer interpretação conforme o princípio da igualdade dessas circunstâncias judiciais.

Ressalta-se que, uma vez afirmada a inconstitucionalidade, essa implica a proibição de qualquer uso dos vetores “personalidade” e da “conduta social”, mesmo que favoravelmente ao réu. Ora, o uso diferenciador também pode se dar a favor do réu (embora seja mais raro), não havendo justificativa jurídica razoável em defender uma inconstitucionalidade patente no cálculo de pena apenas porque essa, eventualmente, possa beneficiar o acusado. Tais vetores são impossíveis de serem sustentados de modo não seletivo, devendo ser, simplesmente, afastados do ordenamento jurídico.

Resta, apenas, uma questão, normalmente levantada pelos defensores da necessidade da “personalidade” e “conduta social” no ordenamento, qual seja, o suposto esvaziamento da individualização da pena se forem desconsiderados esses vetores.

Primeiramente, tendo em vista a afirmada inconstitucionalidade por violação ao princípio da igualdade, sustenta-se não ser juridicamente possível se valer de elementos inconstitucionais (“personalidade” e “conduta social”) para efetivar um princípio constitucional (individualização da pena).

Ademais, afastando-se tais vetores do cálculo, restam todos os demais, que são aptos à individualização e objetivamente aferíveis e refutáveis. Há, nesse contexto, uma valorização do fato praticado, o que possui caráter diferenciador muito menor no momento do cálculo de pena. A pena, dessa forma, além de continuar sendo individualizada, o será de forma mais justa, no sentido de consentânea com o princípio da igualdade.⁵³⁴

Finalmente, é digno de destaque que diversos exemplos usados pelos defensores da “personalidade e da “conduta social” como elementos configuradores desses

⁵³⁴ Anota-se que na Ação Penal originária nº 470, conhecido como caso do “Mensalão”, o Supremo Tribunal Federal, deixou de considerar as circunstâncias “personalidade” e “conduta social” para elevar as penas, tendo se valido das demais circunstâncias do artigo 59 do Código Penal (FRANCO, José Henrique Kaster. *Funções da pena e individualização*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p.156). Embora o STF não tenha afastado a validade dessas circunstâncias, se restringindo a afirmar a falta de elementos para apurar tais circunstâncias, é digno de nota que o não uso delas em nada impediu um apurado cálculo do montante da pena, adequado ao cumprimento do princípio da individualização da pena. Sobre o cálculo da pena no caso do “Mensalão”, com enfoques diversos, cf. NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena*. 7ªed. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2015, p.379-405; CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p.553-575.

vetores no cálculo de pena podem ser absorvidos, com vantagem (já que não sujeitos a juízos arbitrários diferenciadores), pelas demais circunstâncias judiciais (isso quando não se referirem a agravantes/atenuantes ou causas de aumento/diminuição).

Por exemplo, há quem sustente a “personalidade negativa” do réu pode ser inferida do fato do réu ter admitido ter matado a vítima lentamente por sentir prazer em vê-la sofrer, sendo que não seria justo punir, da mesma forma, tal réu e outro que tenha matado a vítima em uma briga de bar.⁵³⁵ Ora, afastando-se a personalidade do cálculo de pena, ainda assim o primeiro agente seria punido mais gravemente, com base nas “circunstâncias” em sentido estrito do crime (matou lentamente), que no caso do homicídio configuram a qualificadora do meio cruel, e na “motivação” do crime (matou para sentir o prazer em vê-la sofrer), que no caso do homicídio configura a qualificadora do motivo torpe. Logo, desnecessária a consideração da personalidade no caso, sendo certo, inclusive, que considerá-la, com base nos mesmos fatores, irá configurar *bis in idem*.

No mais, eventuais argumentos não absorvíveis pelas demais circunstâncias judiciais (geralmente nenhum vinculado à conduta social o é) não o são, justamente, por não se referirem ao fato propriamente dito, e se fossem considerados, implicariam na punição do agente pelo que ele é e não pelo que fez, tratando-se, indubitavelmente, de manifestação do direito penal do autor. Tais juízos desvinculados do fato, como visto, são arbitrários e diferenciadores, devendo ser afastados do ordenamento jurídico.

5.1.3. Limitação das circunstâncias subjetivas “antecedentes” e “motivos do crime”

As circunstâncias judiciais subjetivas “antecedentes” e “motivos do crime” são muito sujeitas a juízos seletivos, pois o julgador tem grande discricionariedade na definição de seus conteúdos, que são bastante abertos a decisionismos e eventuais arbitrariedades. Tais circunstâncias são muito criticadas, havendo quem aponte a ilegitimidade de ambas, sobretudo os “antecedentes”.

⁵³⁵ FRANCO, José Henrique Kaster. *Funções da pena e individualização*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p.156.

O “mau antecedente”, assim como a agravante “reincidência”, possui como maior crítica a alegação dele configurar dupla punição da mesma conduta (*bis in idem*): a primeira na condenação originária e a segunda ao aumentar a pena no processo onde restou configurada a “reincidência” ou o “mau antecedente”. Também se alega que a reincidência (e o mau antecedente) seria uma manifestação do direito penal do autor, punindo-se a pessoa pelo que ela é, não pelo que ela fez no caso concreto, sendo considerada a reincidência/mau antecedente sintoma da periculosidade do agente.

Existe numerosa bibliografia contestando a legitimidade da “reincidência” e dos “antecedentes” como agravantes, em sentido lato, da pena⁵³⁶. Também existem diversos trabalhos defendendo a legitimidade de tais circunstâncias⁵³⁷, sendo essa a posição amplamente dominante na jurisprudência. Cf. a posição do Supremo Tribunal Federal:

(...) a reincidência repercute em diversos institutos penais, compondo consagrado sistema de política criminal de combate à delinquência. (...) Se assim o é quanto às diversas previsões, de forma diferente não acontece no tocante ao agravamento da pena. Afastem a possibilidade de cogitar de duplicidade. Logicamente, quando da condenação anterior, o instituto não foi considerado. Deve sê-lo na que se segue, em razão do fato de haver ocorrido, sem o interregno referido no art. 64 do CP — cinco anos —, uma outra prática delituosa. Então, não se aumenta a pena constante do título pretérito, mas, presentes o piso e o teto versados relativamente ao novo crime, majora-se, na segunda fase da dosimetria da pena, no campo da agravante, a básica fixada. Afinal, o julgador há de ter em vista parâmetros para estabelecer a pena adequada ao caso concreto, individualizando-a, e, nesse contexto, surge a reincidência, o fato de o acusado haver cometido, em que pese a glosa anterior, novo desvio de conduta na vida em sociedade. Está-se diante de fator de discriminação que se mostra razoável,

⁵³⁶ Cf., exemplificativamente, ROXIN, Claus. *Derecho Penal: parte general*. 2ª ed. Diego Manuel Luzon Peña et. al. Madrid: Civitas, 2014, p.186; ALMEIDA, Débora de Souza. *Reincidência Criminal: reflexões dogmáticas e criminológicas*. Curitiba: Juruá, 2012, *passim*; SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: Parte Geral*. 8ª ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p.571; ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da pena: limites, princípios e novos parâmetros*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p.193-196; CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p.363-365; QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal: Parte Geral*. V.1. 13ª ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p.450-451 e 464-465.

⁵³⁷ Cf., exemplificativamente, GALVÃO, Fernando. *Aplicação da pena*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p.94; REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de Direito Penal: Parte Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.417-422; DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal Português: as consequências jurídicas do crime*. T.2. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p.253-254; NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2015, p.162-164; BOSCHI, José Antonio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 7ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p.169.

seguindo a ordem natural das coisas. Repito que se leva em conta o perfil do réu, percebendo-se a necessidade de maior apenação, consideradas a pena mínima e a máxima do tipo, porque voltou a delinquir apesar da condenação havida, no que esta deveria ser tomada como um alerta, uma advertência maior quanto à necessidade de adoção de postura própria ao homem médio, ao cidadão integrado à vida gregária e solidário aos semelhantes. (...) Evidentemente, a definição da reprimenda adequada ocorre em face das peculiaridades do caso, despontando o perfil do agente, inclusive se voltou, por isto ou por aquilo, não importa, a claudicar. Ao contrário do que assevera o recorrente, o instituto constitucional da individualização da pena respalda a consideração da singularidade, da reincidência, evitando a colocação de situações desiguais na mesma vala — a do recalcitrante e a do agente episódico, que assim o é ao menos ao tempo da prática criminosa. Saliento, então, a inviabilidade de dar-se o mesmo peso, em termos de gravame de ato de constrição a alcançar a liberdade de ir e vir, presentes os interesses da sociedade, a caso concreto em que envolvido réu primário e a outro em que o Estado se defronta com quem fora condenado antes e voltou a trilhar o caminho glosado penalmente, deixando de abraçar a almejada correção de rumos, de alcançar a ressocialização. (...) Por tudo, surge constitucional o instituto — existente desde a época do Império — da reincidência, não se podendo, a partir de exacerbação do chamado garantismo penal, olvidar o sistema, desmantelando-o no ponto consagrador da cabível distinção, tratando-se desiguais de forma igual. A regência da matéria, harmônica com a CF, circunscreve-se a oportuna, sadia, razoável e proporcional política normativa criminal e envolve, em rápida contagem, mais de vinte institutos penais, conforme referido. Com a palavra, está a sempre ilustrada maioria. De minha parte, desprovejo o recurso, assentando a constitucionalidade do inciso I do art. 61 do CP — DL 2.848/1940. (STF. RE 453.000, voto do Rel. Min. Marco Aurélio, j. 4-4-2013, P, DJE de 3-10-2013).

Nos limites do presente trabalho, onde seria incabível analisar todos os argumentos em prol e contra, assim como suas sutilezas, sustenta-se que a “reincidência” e os “maus antecedentes” demonstram maior reprovabilidade na condenação onde foram reconhecidas. Socialmente, a conduta possui mais reprovabilidade, sendo certo que há uma maior tolerância social na hipótese de primeira conduta desviada com relação aos subsequentes desvios criminais. Nesse contexto, é política criminal bastante razoável diferenciar a pena de alguém condenado pela primeira vez com relação à de outro que já fora condenado, não se vislumbrando inconstitucionalidade, já que a conduta do autor no novo crime é mais juridicamente reprovável, portanto merecedora de maior reprimenda,

por ter sido o autor condenado anteriormente, não estando esse sendo punido, duas vezes, pelo mesmo fato.

Em que pese a origem da agravação pela reincidência/maus antecedentes se basear na periculosidade⁵³⁸, mesmo afastando-se de sua origem pode-se justificá-la em aspectos preventivo-geral positivos⁵³⁹, no sentido de reafirmação dos valores vigentes, pois a reiteração criminal demonstra, com mais intensidade, a desconfirmação dos valores protegidos pela norma, sendo razoável uma resposta estatal mais rigorosa para reafirmá-los, diante da recalcitrância do agente.

Já a circunstância “motivos do crime”, principalmente como agravante da pena, é criticada por, supostamente, ser uma manifestação do direito penal do autor, já que estaria sendo punida a subjetividade do agente, sendo os “motivos” ainda sujeitos a juízos moralistas.⁵⁴⁰

Todavia, limitando-se o agravamento ou a atenuação aos motivos exteriorizados pelo agente e valendo-se do parâmetro dos valores tutelados pela Constituição Federal para avaliar a reprovabilidade social dos motivos que impeliram o crime, as objeções aos “motivos” como aptos a agravar a pena perdem força, ficando clara a sua legitimidade constitucional. Não se está punindo a pessoa pelo que “ela é”, mas sim punindo mais ou menos gravemente a conduta devido aos “motivos” comprovados, mais ou menos juridicamente reprováveis, que impeliram o agir do sujeito.

⁵³⁸ Sobre o desenvolvimento da fundamentação teórica da reincidência, cf. CARUSO FONTÁN, María Viviana. *El delincuente imputable y peligroso: Cuestiones de Política Criminal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014, p.129-157; CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós; FRITSCH, Laura. *Justificando e reestruturando o aumento da pena base decorrente do passado criminoso*. In: BEDÊ JÚNIOR, Américo; CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós (coords.). *Sentença criminal e aplicação da pena: ensaios sobre discricionariedade, individualização e proporcionalidade*. Salvador: Juspodivm, 2017, p.251-297.

⁵³⁹ Nesse sentido, com referência à reincidência específica, cf. FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *Retribución y prevención general: Um estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del Derecho Penal*. Montevideú/Buenos Aires: D de F, 2007, p.684 e ss.

⁵⁴⁰ Cf. STOCO, Tatiana de Oliveira. *Personalidade do agente na fixação da pena*. São Paulo: RT, 2014, p.140; BARREIROS, Yvana Savedra de Andrade. *Individualização da pena: um desafio permanente*. Curitiba: Juruá, 2009, p.63-65. Analisando criticamente a circunstância “motivos” sob o enfoque da teoria proporcional ao fato, cf. TEIXEIRA, Adriano. *Teoria da Aplicação da pena: Fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p.138-141.

Destaca-se que os “motivos” são diretamente vinculados ao fato praticado, ao contrário da “conduta social” e da “personalidade” que nada tem de relação com o fato⁵⁴¹. Dessa feita, afasta-se dos motivos o seu suposto caráter indiciário da personalidade⁵⁴², focando-se na sua relação com o fato e na sua reprovabilidade jurídica, logo, na sua relação com a culpabilidade.⁵⁴³ Ademais, como será abordado a seguir, os “motivos” podem ser usados de maneira contrasseletiva.

No entanto, as circunstâncias “antecedentes” e “motivos do crime” devem ser devidamente delimitadas, evitando-se inconstitucionalidades.

Primeiramente, com relação aos “antecedentes”, há posição no sentido de que poderiam incluir qualquer envolvimento com o sistema penal, como processos em andamento, inquéritos policiais pendentes e até mesmo absolvições e extinções de punibilidade. Tal posição, antigamente, possuía muitos adeptos e era predominante na jurisprudência.⁵⁴⁴ Todavia, essa interpretação não passa por uma filtragem constitucional, sendo dominante na doutrina e pacífico na jurisprudência⁵⁴⁵ atuais a correta interpretação de que os “antecedentes” se restringem a condenações transitadas em julgado que não constituem reincidência⁵⁴⁶, pois, do contrário, haveria afronta ao princípio constitucional da presunção de inocência.

⁵⁴¹ BEDÊ JÚNIOR, Américo. *Contra a dosimetria baseada no autor ou no modo de vida: dosimetria da pena pelo fato: Procusto e segurança jurídica*. In: BEDÊ JÚNIOR, Américo; CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós (coords.). *Sentença criminal e aplicação da pena: ensaios sobre discricionariedade, individualização e proporcionalidade*. Salvador: Juspodivm, 2017, p.87.

⁵⁴² Posição sustentada, p. ex., por NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena*. 7ªed. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2015, p.183.

⁵⁴³ MASSUD, Leonardo. *Da pena e sua fixação: finalidades, circunstâncias judiciais e apontamentos para o fim do mínimo legal*. São Paulo: DPJ, 2009, p.168-170.

⁵⁴⁴ BOSCHI, José Antonio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 7ªed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p.166 (colacionando diversos julgados antigos nesse sentido).

⁵⁴⁵ Cf. Súmula nº 444 do Superior Tribunal de Justiça: É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base.

⁵⁴⁶ Segundo o artigo 63 do Código Penal, “verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior.” Já segundo o artigo 64, inciso I do Código Penal, para fins de reincidência, “não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação.” Assim, os maus antecedentes se referem a condenações por fatos anteriores inaptos a configurar a reincidência segundo os mencionados dispositivos legais, ou seja, crime praticado anteriormente ao fato em julgamento, cujo trânsito em julgado ocorreu após tal fato (cf. artigo 63) e condenação anterior antiga, ocorrida anteriormente ao período depurador de cinco anos (cf. artigo 64, inciso I).

Por decorrência lógica dessa posição que valoriza a presunção de inocência, processos e inquéritos em andamento também não podem ser usados para definir suposta “conduta social reprovável” ou “personalidade criminosa”, independentemente do afastamento, como sustentamos, das circunstâncias “personalidade” e “conduta social” do ordenamento jurídico.⁵⁴⁷ Essa posição, atualmente, é predominante na jurisprudência.⁵⁴⁸

Outro aspecto que deve ser citado com relação à limitação dos “antecedentes” se refere ao entendimento majoritário⁵⁴⁹ de que eles têm como parâmetro temporal a data do crime, ou seja, *só configuram antecedentes as condenações não aptas a configurar “reincidência” anteriores ao crime*, e não à sentença condenatória, como por vezes se vê na jurisprudência. Eventual fato futuro ao crime processado não é apto a alterar a pena do crime anterior⁵⁵⁰, o que é bastante razoável e decorre da própria lógica de que o condenado deve ser apenado pelo fato que praticou, com base nas circunstâncias presentes por ocasião do fato, não tendo cabimento agravar a pena por fato futuro, completamente desvinculado do fato passado.

A questão relativa aos “antecedentes”, assim como à reincidência, tem, como visto, sua relevância seletiva no aspecto da delimitação da responsabilidade penal, como

⁵⁴⁷ Aliás, esse parece ser o alcance da mencionada Súmula nº 444 do Superior Tribunal de Justiça, que veda, genericamente, a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base, não delimitando que o aumento vedado só se refere ao uso como antecedentes, abrangendo as demais circunstâncias aptas a agravar a pena. Nesse sentido, cf. CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p.369.

⁵⁴⁸ Informativo 444 do STJ: 3ª Seção: “A Seção reiterou entendimento de que, no julgamento de recurso especial, uma vez alegada violação ao art. 59 do CP, dele não se conhece, haja vista que não cabe a este Superior Tribunal reexaminar a dosimetria da pena, diante da necessidade de análise acurada dos elementos probatórios. Apenas quando há flagrante ilegalidade ou abuso de poder haveria a possibilidade de reexame da dosimetria, o que não ocorreu no caso. Reiterou, ainda, que a existência de processos judiciais sem trânsito em julgado, inquéritos arquivados, bem como processos extintos pela prescrição da pretensão punitiva, não podem ser considerados para a caracterização de maus antecedentes, de má conduta social e, muito menos, da personalidade voltada para o crime, pois prevalece o princípio da presunção de inocência. Precedentes citados do STF: RHC 80.071-RS, DJ 2/4/2004, do STJ: HC 109.051-SC, DJe 15/6/2009; HC 39.030-SP, DJ 11/4/2005; HC 96.670-DF, DJe 8/2/2010; HC 104.071-MS, DJe 25/5/2009, e REsp 620.624-RS, DJ 29/11/2004.” RvCr 974-RS, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 25/8/2010.

⁵⁴⁹ Cf. “O entendimento desta Corte é no sentido de que inquéritos e processos em andamento não podem ser considerados como maus antecedentes para majorar a pena-base, assim como processos com trânsito em julgado emanados de fatos posteriores aos narrados na denúncia. Precedentes”. STJ. 5ª T., HC 130.762/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 17/11/2009. Na doutrina, cf., dentre outros, CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p.360.

⁵⁵⁰ Nesse sentido, cf. informativo nº 535 do STJ: “Na dosimetria da pena, os fatos posteriores ao crime em julgamento não podem ser utilizados como fundamento para valorar negativamente a culpabilidade, a personalidade e a conduta social do réu. Precedentes citados: HC 268.762-SC, Quinta Turma, DJe 29/10/2013 e HC 210.787-RJ, Quinta Turma, DJe 16/9/2013. HC 189.385-RS, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 20/2/2014.”

espécie de “metarregra de culpa”, na etapa da criminalização secundária.⁵⁵¹ Para evitar isso, é necessário que o intérprete busque afastar ser influenciado pelo juízo ditado pelo senso comum de presumir que uma pessoa, só porque foi condenada anteriormente, necessariamente seria responsável por outros crimes. Aliás, parece cautela razoável o intérprete se precaver em sentido contrário, analisando as provas com redobrado cuidado quando o réu ostentar antecedentes criminais, verificando-se se, principalmente, os depoimentos e reconhecimentos pessoais produzidos não foram contaminados por metarregras nesse sentido.

No tocante ao cálculo de pena, por outro lado, quando se vale da interpretação dominante constitucionalmente adequada, os “antecedentes” são delimitados de maneira muito objetiva, não sendo sujeitos a vieses por parte do intérprete, dificultando-se qualquer diferenciação arbitrária. Assim, no cálculo de pena, a concepção dominante de “antecedentes” não parece alimentar a seletividade.

Já com relação aos “motivos do crime”, o juízo de valor quanto à positividade ou negatividade deve estar baseado em valores constitucionalmente consagrados. Um bom parâmetro, embora um pouco aberto, está no disposto nos artigos 1º e 3º da Constituição Federal⁵⁵², que preveem, respectivamente, os fundamentos e objetivos da República. Na verdade, todo o texto constitucional possui uma pauta de valores positivos, que pode servir de parâmetro (p.ex. defesa do meio ambiente, da infância etc.).

Nesse contexto, motivos que vão de encontro ao texto constitucional (p. ex. preconceituosos e antissolidários) podem justificar o aumento da pena, ao passo que motivos que abraçam a pauta constitucional, explícita ou implícita (p. ex. generosidade e misericórdia), podem ser usados para atenuar a pena. Em toada similar, afirma JORGE DE FIGUEIREDO DIAS:

⁵⁵¹ Cf. tópicos 1.2.2. e 1.3. supra.

⁵⁵² Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Não se trata de analisar o sentimento, o motivo ou o fim à luz de concepções morais ou filosóficas pessoais ou mesmo à luz de um qualquer ordenamento moral ou filosófico, mas à luz do quadro de valores, nomeadamente de valores jurídico-constitucionais, que o próprio ordenamento jurídico-penal respira.⁵⁵³

Nota-se que a hipótese de uma motivação ser usada como circunstância judicial negativa implica que ela não seja “fútil”, no sentido de insignificante, desproporcional, ou “torpe”, no sentido de repulsivo, abjeto, pois, nesse caso, incide a agravante prevista no artigo 61, II, “a” do Código Penal, ou eventual causa de aumento ou qualificadora da parte especial, como no caso do homicídio (artigo 121, parágrafo 2º, incisos I e II do Código Penal).

Do mesmo modo, deve-se atentar se eventual motivo positivo não configura hipótese de “relevante valor social ou moral”, pois, nesse caso, incide a atenuante prevista no artigo 65, III, “a” do Código Penal, ou eventual causa de diminuição parte especial, como no caso do homicídio privilegiado (artigo 121, parágrafo 1º do Código Penal).

Como adiantado, os motivos podem ser usados de maneira contrasseletiva, na medida em que se entenda a motivação gerada por miséria extrema como hipótese de atenuação da pena em crimes patrimoniais. A pessoa que, em situação de extrema penúria, tangenciando o estado de necessidade ou a inexigibilidade de conduta diversa, vem a praticar crime patrimonial para atenuar sua situação econômica própria ou familiar deplorável, age movida por “motivo” juridicamente menos reprovável, dando ensejo à atenuação da pena.

Sustentando que, visando a uma maior efetivação do princípio da igualdade, é possível um tratamento mais brando quando houver uma ligação direta entre a situação de penúria e o crime praticado, posiciona-se GUILHERME DE SOUZA NUCCI:

É responsabilidade do magistrado atenuar as desigualdades sociais na aplicação da lei penal, empreendendo menor rigor a condutas desesperadas de pessoas economicamente desfavorecidas, num contexto de delito patrimonial, por exemplo, mas se mantendo em posição mais rígida quando se deparar com a mesma conduta proveniente de pessoas financeiramente privilegiadas. Outra não é a função do princípio constitucional da individualização da pena, visando à

⁵⁵³ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal Português: as consequências jurídicas do crime*. T.2. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p.247.

concretização da igualdade *perante* a lei, mas desigualando, na prática, os desiguais, rendendo culto à isonomia.⁵⁵⁴

Fazendo referência ao Código Penal argentino, que possui disposição expressa no sentido de levar em conta, para mensuração da pena, “a dificuldade de ganhar o sustento necessário próprio e dos seus” (Art. 41, inc. 2º), assim se manifesta ESTEBAN RIGHI:

A referência à miséria e dificuldades econômicas do autor ou do grupo familiar encontra sentido na circunstância de que o pertencimento do condenado a um setor social desfavorecido fundamenta uma diminuição da culpabilidade, já que teve menos possibilidades de motivar-se pelo cumprimento da norma.⁵⁵⁵

O raciocínio exposto possui causalidade constitucional, efetivando o princípio da igualdade (na sua clássica acepção de tratamento igual aos iguais e desigual aos desiguais, na medida em que se desigualam), já que efetiva um tratamento diferenciado com base em uma diferença palpável e razoável, qual seja, a motivação do crime ser aliviar a situação de penúria exacerbada. Tal raciocínio configura uma pequena compensação com relação à parcela economicamente mais vulnerável da sociedade, servindo como medida contrasseletiva.

Outra medida contrasseletiva é a referente ao afastamento de juízos moralistas como aptos a configurar circunstância judicial positiva ou negativa do crime. Os juízos moralistas são frequentemente diferenciadores e inadequados de serem sustentados em uma sociedade pluralista.⁵⁵⁶

Dessa forma, por exemplo, a motivação para sustentar o uso de drogas não é apta a agravar a pena, pois isso implicaria um juízo de valor moralista em relação ao

⁵⁵⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena*. 7ªed. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2015, p.40.

⁵⁵⁵ RIGHI, Esteban. *Culpabilidad y peligrosidad como fundamentos de la pena*. In: Anuario de derecho penal 2010-2011. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2012, p.587 (tradução livre).

⁵⁵⁶ “Convém observar que a análise dos motivos não pode, como defendem alguns, legitimar-se ou justificar-se na emissão de juízos essencialmente morais.” “Isso porque não há como afirmar a existência de uma única moral, mesmo entre os indivíduos de uma mesma sociedade.” “A justificativa para o aumento ou diminuição da pena pelos motivos não está substancialmente na moral em si.” “Está, na verdade, na moral juridicamente valorada, ou seja, na relação que o motivo guarda com o(s) bem(s) juridicamente protegidos pela lei penal, ou, ainda, com bens protegidos ou valores juridicamente relevantes, ainda que em outras áreas do mesmo sistema jurídico.” (MASSUD, Leonardo. *Da pena e sua fixação: finalidades, circunstâncias judiciais e apontamentos para o fim do mínimo legal*. São Paulo: DPJ, 2009, p.168).

agente criminoso.⁵⁵⁷ Ademais, no caso de uso compulsivo de drogas, o juízo de valor deve ser feito pela área de saúde, avaliando-se eventual vício, e não no momento de fixação da pena, salvo no caso de inimputabilidade.

Seguindo a lógica de afastar juízos moralistas, a eventual motivação pela “honra” do agente também não pode ser considerada como motivo apto a atenuar a pena, sobretudo quando referente à “moral sexual” ou à “moral conjugal”. Assim, alguém ser traído pelo(a) companheiro(a) ou afim não pode ser considerado como motivo positivo para atenuar a pena no caso de crime praticado contra o(a) parceiro(a) infiel. Pelo contrário, há de se cogitar se o crime não foi motivado pelo sentimento de posse entre parceiros, o que pode configurar motivação torpe, apta a agravar a pena.⁵⁵⁸

5.1.4. Valorização das circunstâncias objetivas “circunstâncias” e “consequências do crime”

Em comparação às circunstâncias subjetivas (relativas ao sujeito ativo do crime) em geral, as objetivas (relativas ao fato criminoso) possuem um caráter descritivo maior, sendo menos sujeitas a decisionismos⁵⁵⁹, que podem dar margem à seletividade. No entanto, ressalva-se que essa regra possui exceções, pois existem circunstâncias subjetivas muito bem definidas, como a referente à atenuante da menoridade relativa (réu menor de vinte e um anos de idade), e mesmo a reincidência e os maus antecedentes (em sua concepção constitucionalmente viável), conforme visto no tópico anterior, como hipóteses de circunstâncias subjetivas muito bem definidas, até mais do que algumas circunstâncias

⁵⁵⁷ O Superior Tribunal de Justiça já se posicionou afirmando que dependência de drogas não pode ser considerada como má conduta social apta a agravar a pena, por se tratar de um infortúnio, raciocínio aplicável, *mutatis mutandi*, ao motivo do crime ser a obtenção de drogas. Cf. STJ, 6ª Turma, HV 201.453-DF, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 02/02/2012.

⁵⁵⁸ Destaca-se que essa é uma mudança de paradigma importante, já que a “legítima defesa da honra” já foi muito usada, no Tribunal do Júri, como razão para absolver o parceiro que matou sua consorte em situação de infidelidade, havendo notícias de tal uso mesmo depois da Constituição Federal de 1988. Isso configura a subversão total da ordem constitucional, que prima pela defesa da vida humana, não podendo ser relativizada por juízos de valor moralistas. Sobre o tema, cf. GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *Legítima defesa da honra*. In: REALE JÚNIOR, Miguel; PASCHOAL, Janaína (coords.). *Mulher e Direito Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.267-287.

⁵⁵⁹ CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p.335.

objetivas, como meio insidioso e cruel, e pouco sujeitas a interpretações mais abertas.⁵⁶⁰

Conforme bem resume SALO DE CARVALHO:

O problema, portanto, não é o da *natureza (jurídica)* da circunstância. O simples fato de uma circunstância ser relativa ao fato não garante que tenha um maior nível descritivo e, conseqüentemente, apresente maiores garantias contra o arbítrio e o decisionismo judicial. A questão a ser trabalhada pelos atores jurídicos é a de como identificar o nível de porosidade e estabelecer, por meio da interpretação conforme a Constituição, limites de tolerabilidade (razoabilidade interpretativa). Os limites de tolerabilidade implicam em (a) definir o que é aceitável (razoável) como critério de valoração da circunstância e (b) indicar quais os elementos idôneos para sua demonstração (prova processual). A tarefa é, pois, reduzir ao máximo os horizontes de interpretação, o que significa reduzir o arbítrio judicial (decisionismo).⁵⁶¹

De todo o modo, *em geral, as circunstâncias objetivas tendem a ser mais claramente delimitadas e menos sujeitas a vieses diferenciadores*, sobretudo no tocante às *circunstâncias judiciais*. Assim, é possível sustentar que, em um sistema penal que valoriza o direito penal do fato e que objetiva ser menos seletivo, é essencial a valorização das circunstâncias judiciais objetivas “circunstâncias” e “consequências do crime”.

Para tanto, segue-se a mesma regra geral de se evitar diferenciações arbitrárias, estabelecendo-se parâmetros de análise objetivamente aferíveis e comprováveis (ou refutáveis) com base em dados objetivos, conexos ao fato criminoso. Nesse sentido, ressalva GUILHERME DE SOUZA NUCCI:

Vale assinalar que as consequências do crime precisam ser concretamente apontadas na decisão condenatória, sem presunções ou afirmações vagas e abstratas, muitas das quais espelham apenas posições pessoais do julgador, sem respaldo na prova dos autos. Se houver aumento da pena-base em virtude dessas ilações, terá havido ilegalidade.⁵⁶²

⁵⁶⁰ CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p.335.

⁵⁶¹ CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p.335-336.

⁵⁶² NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena*. 7ªed. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2015, p.190.

Com relação às “circunstâncias”, pondera-se que podem ser anteriores, concomitantes ou imediatamente posteriores ao crime, mas sempre ligadas a ele. Para agravar ou atenuar a pena, “devem ser consideradas as circunstâncias do crime que possam fornecer qualquer indicação acerca da gravidade do injusto praticado.”⁵⁶³ Incluem-se nas circunstâncias

as condições de tempo, lugar, modo de execução, as características físicas e psicológicas da vítima⁵⁶⁴ (...) e do autor, a eventual relação de um com o outro, o comportamento do autor durante a atividade criminosa.⁵⁶⁵

Embora possam atenuar ou agravar a pena, é impossível inferir alguma hipótese de circunstância judicial positiva que não configure uma hipótese de atenuante, tendo em vista a existência da atenuante genérica do artigo 66 do Código Penal, que inclui, como atenuante “circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei”. Assim, tendo em vista que a incidência da atenuante prepondera sobre a circunstância judicial, apenas se considerará uma “circunstância” como positiva na primeira fase do cálculo, se houver ao menos duas: uma para configurar a atenuante genérica (segunda fase do cálculo) e a outra para configurar a “circunstância” judicial positiva (primeira fase do cálculo), pois se houver apenas uma, sempre será considerada como atenuante (segunda fase do cálculo).

Nota-se que as “circunstâncias” posteriores também podem ser utilizadas para agravar a pena na primeira fase do cálculo, conquanto que diretamente ligadas ao fato criminoso. Por exemplo, é bastante razoável considerar como circunstância judicial negativa a modificação do local do crime para evitar ser descoberto. Tanto as circunstâncias posteriores agravantes são importantes que, por vezes, a lei penal as

⁵⁶³ TEIXEIRA, Adriano. *Teoria da Aplicação da pena: Fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p.136 (com destaque no original).

⁵⁶⁴ Nesse sentido, cf. julgado que considerou como circunstância negativa a vulnerabilidade emocional e psicológica da vítima: Informativo nº 579 do STJ: O fato de o agente ter se aproveitado, para a prática do crime, da situação de vulnerabilidade emocional e psicológica da vítima decorrente da morte de seu filho em razão de erro médico pode constituir motivo idôneo para a valoração negativa de sua culpabilidade. De fato, conforme entendimento do STJ, "é possível a valoração negativa da circunstância judicial da culpabilidade com base em elementos concretos e objetivos, constantes dos autos, que demonstrem que o comportamento da condenada é merecedor de maior reprovabilidade, de maneira a restar caracterizado que a conduta delituosa extrapolou os limites naturais próprios à execução do crime". (STJ. AgRg no AREsp 781.997-PE, Sexta Turma, Dje 1º/2/2016). HC 264.459-SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 10/3/2016, DJe 16/3/2016.

⁵⁶⁵ MASSUD, Leonardo. *Da pena e sua fixação: finalidades, circunstâncias judiciais e apontamentos para o fim do mínimo legal*. São Paulo: DPJ, 2009, p.171.

incrimina de maneira autônoma, como em alguns casos de fraude processual e, em alguma medida, do crime de ocultação de cadáver (crime que, fora configurar desrespeito aos mortos, nos mais das vezes é circunstância posterior ao crime de homicídio, com vistas a dificultar a sua apuração). Já quando desvinculadas ao crime, por exemplo, o comportamento do réu em audiência, as “circunstâncias” posteriores não podem ser utilizadas para agravar a sanção, sob pena de se subverter o direito penal do fato.

Já com relação às “consequências”, certamente essas não incluem aquelas inerentes ao crime (p. ex. a morte da vítima no crime de homicídio).⁵⁶⁶ No entanto, o grau de agressão ao bem jurídico, além do suficiente para a configuração do crime, pode ser considerado como circunstância judicial negativa. Assim resume ADRIANO TEIXEIRA:

Relativamente não problemático é considerar as consequências do crime ainda abrangidas pelo tipo, como a intensidade da lesão ao bem jurídico. Por exemplo, o valor do bem subtraído no crime de furto, o tamanho do dano à integridade física da pessoa na lesão corporal (desde que não usado para fundamentar as qualificadoras dos parágrafos 1 a 3 do art.129), o tempo em que a vítima é mantida privada de sua liberdade no delito de cárcere privado (art.148) e assim por diante.⁵⁶⁷

A valorização da magnitude das “circunstâncias” e das “consequências” possui efeito contrasseletivo sensível. As hipóteses de sonegação, desvios e subtrações vultosas, são geralmente praticadas, como visto⁵⁶⁸, pelas camadas mais privilegiadas da sociedade, que possuem os recursos para tanto. Nesse contexto, o aumento da pena base por “circunstâncias” como “sofisticação do aparato criminoso” e “consequências” como

⁵⁶⁶ Cf., dentre outros, BARREIROS, Yvana Savedra de Andrade. *Individualização da pena: um desafio permanente*. Curitiba: Juruá, 2009, p.67-68.

⁵⁶⁷ TEIXEIRA, Adriano. *Teoria da Aplicação da pena: Fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p.136. Nota-se que o autor (p.136-137) ainda pondera que a situação só fica controversa com relação às consequências extra-típicas, p. ex., no caso de pessoa que se suicida no caso de uma falência produzida por um estelionato, havendo posição mais ampla, no sentido que bastam que as consequências sejam previsíveis (hipótese na qual o suicídio poderia ser considerado como consequência negativa), e mais restrita, no sentido que deve o resultado ser previsível e estar no âmbito de proteção da norma (hipótese na qual o suicídio não poderia ser considerado como consequência do estelionato, já que a vida humana não está no âmbito de proteção do delito patrimonial em questão). O autor citado tem artigo específico sobre o tema, cf. TEIXEIRA, Adriano. *Aplicação da pena, dogmática penal e teoria do delito: o exemplo da relevância das consequências extratípicas do delito na aplicação da pena*. In: BEDÊ JÚNIOR, Américo; CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós (coords.). *Sentença criminal e aplicação da pena: ensaios sobre discricionariedade, individualização e proporcionalidade*. Salvador: Juspodivm, 2017, p.23-41.

⁵⁶⁸ Cf. tópico 1.5 supra.

“enorme vulto do dinheiro que seria ou foi efetivamente desviado” se justificam plenamente, e possuem notável efeito contrasseletivo, pois se destinam àqueles normalmente imunizados do sistema penal.

Com relação aos pertencentes ao estamento político, tem notável efeito contrasseletivo considerar, para agravar a pena, “circunstâncias” como “praticou o delito se valendo das facilidades do cargo público de alta hierarquia ou com alta responsabilidade” e consequências como “o dinheiro desviado era destinado à merenda de crianças, que ficaram sem esses recursos”.

Aliás, não se confunde o agravamento da pena pela hierarquia do cargo com o fato de se tratar de eventual crime próprio, só podendo ser praticado por funcionário público. O fato de ser funcionário público é a condição necessária para a configuração do crime próprio, mas a hierarquia elevada do cargo, hipótese especial que aumenta a responsabilidade de seu ocupante, pode ser considerada como hipótese de agravamento da pena.

Vejamos algumas hipóteses de precedentes judiciais que seguem a lógica contrasseletiva proposta⁵⁶⁹:

a) Consideração da complexidade do esquema criminoso como “circunstância” apta a agravar a pena:

O incremento em decorrência da avaliação negativa do *modus operandi* não constitui elemento ínsito ao tipo, podendo ser validamente considerado na fixação da pena-base imposta ao infrator. É o que, aliás, impõe o art. 59 do CP, o qual determina que o juiz, na fixação da reprimenda, faça a valoração, entre outros elementos, das circunstâncias em que se deu a infração, o que justifica a exasperação da reprimenda entre os limites abstratamente cominados para o crime. (STF. RHC 117.037, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 8-10-2013, 1ª T, DJE de 4-11-2013)

Na fixação da pena do crime de evasão de divisas (art. 22, parágrafo único, da Lei n. 7.492/1986), o fato de o delito ter sido cometido por organização

⁵⁶⁹ Os precedentes citados no presente tópico, assim como as teses expostas (com modificações), estão colacionados em ANJOS, Fernando Vernice dos. *Teses Criminais para o Ministério Público*. São Paulo: APMP, 2018, p.131-138 e 271-290. Não iremos abordar especificamente e analiticamente cada um dos julgados, e sim destacar as teses por eles expressas que possuem efeito contrasseletivo, nos moldes propostos.

criminosa complexa e bem estruturada pode ser valorado de forma negativa a título de circunstâncias do crime. (STJ. REsp 1.535.956-RS, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 1º/3/2016, DJe 9/3/2016).⁵⁷⁰

b) Responsabilidade maior de cargo público de hierarquia elevada como “circunstância” apta a agravar a pena:

A condição de *deputada estadual* não se confunde com a qualidade funcional ativa exigida pelo tipo penal previsto no art. 312 do CP, que leva em consideração, entre outras condicionantes, a circunstância de o agente ser funcionário público. *A quebra do dever legal de representar fielmente os anseios da população e de quem se esperaria uma conduta compatível com as funções por ela exercidas, ligadas, entre outros aspectos, ao controle e à repressão de atos contrários à administração e ao patrimônio públicos, distancia-se, em termos de culpabilidade, da regra geral de moralidade e probidade administrativa imposta a todos os funcionários públicos, cujo conceito está inserido no art. 327 do CP. Daí ser possível a elevação da pena-base em razão do grau de responsabilidade do cargo exercido pelo agente (1ª fase), sem que isso importe em bis in idem.* (STF. RHC 125.478 AgR, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 10-2-2015, 2ª T, DJE de 2-3-2015.) (destaque nosso)

c) O fato do crime contra a administração pública (peculato) ter sido praticado por funcionário do Judiciário configura “circunstância” apta a agravar a pena:

Mostra-se razoável a fixação da pena-base em um ano acima do mínimo previsto para o tipo de dois, com teto de doze ante as circunstâncias do crime, o fato de haver sido praticado o peculato por servidor do próprio Judiciário. (STF. HC 101.295, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 29-3-2011, 1ª T, DJE de 4-5-2011)

d) O fato do crime contra a administração pública (concussão e corrupção passiva) ter sido praticado por policial, membro do Ministério Público ou magistrado configura “circunstância” apta a agravar a pena:

1ª Turma. Circunstâncias judiciais e “bis in idem” É legítima a utilização da condição pessoal de policial civil como circunstância judicial desfavorável para fins de exasperação da pena base aplicada a acusado pela prática do crime de concussão. Com base nessa orientação, a Primeira Turma, por maioria, conheceu e denegou a ordem em “habeas corpus” em que pleiteado o reconhecimento do

⁵⁷⁰ Informativo nº 578 do STJ.

“bis in idem”. A Turma afirmou que seria possível, no que se refere à culpabilidade (CP, art. 59), promover, em cada caso concreto, juízo de reprovabilidade maior tendo em consideração a condição de policial civil do agente. O delito previsto no art. 316 do CP seria de mão própria, porém, presentes as circunstâncias do art. 59 do CP, se poderia levar em conta, quando do juízo de reprovabilidade, *a qualidade específica ou a qualificação do funcionário público. Dentro do Estado Democrático de Direito e do país que se almeja construir, o fato de uma autoridade pública — no caso, uma autoridade policial — obter vantagem indevida de alguém que esteja praticando um delito comprometeria de maneira grave o fundamento de legitimidade da autoridade, que seria atuar pelo bem comum e pelo bem público. Portanto, aquele que fosse investido de parcela de autoridade pública — fosse juiz, membro do Ministério Público ou autoridade policial — deveria ser avaliado, no desempenho da sua função, com escrutínio mais rígido.* Assim, a pena aplicada, de 2 anos e 6 meses, não seria desproporcional diante das circunstâncias. (...). (HC 132990/PE, Rel. orig. Min. Luiz Fux, rel. p/ o acórdão Min. Edson Fachin, 16.8.2016.)⁵⁷¹

O fato do crime de corrupção passiva ter sido praticado por Promotor de Justiça no exercício de suas atribuições institucionais pode configurar circunstância judicial desfavorável na dosimetria da pena. Isso porque esse fato revela maior grau de reprovabilidade da conduta, a justificar o reconhecimento da acentuada culpabilidade, dadas as específicas atribuições do promotor de justiça, as quais são distintas e incomuns se equiparadas aos demais servidores públicos *lato sensu*. Assim, a referida circunstância não é inerente ao tipo penal. (REsp 1.251.621-AM, Rel. Min. Laurita Vaz, j.16/10/2014).⁵⁷²

e) Expressivo prejuízo da vítima como “consequência” apta a agravar a pena:

(...) 2. Mostra-se válido o aumento da pena-base, em razão das consequências do delito, consideradas em desfavor dos pacientes diante do expressivo prejuízo causado à vítima. Precedentes. 3. É certo que o simples fato de não haver sido restituída a *res furtiva* à vítima não tem o condão de justificar, por si só, o aumento da pena, por constituir, em regra, fator comum à espécie, enquanto delito patrimonial. Todavia, quando a lesão se mostrar expressiva, como na espécie, desborda do prejuízo inerente ao delito praticado, configurando motivação plenamente válida, apta a justificar, portanto, o aumento da pena-base. 3. Não se vislumbra qualquer ilegalidade decorrente da imposição do

⁵⁷¹ Informativo nº 835 do STF (destaque nosso).

⁵⁷² Informativo nº 552 do STJ.

regime prisional mais gravoso aos pacientes, tendo em vista que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, em razão da presença de circunstância judicial desfavorável, validamente considerada. Precedentes. 4. Pelas mesmas razões, não há qualquer incongruência no que diz respeito à negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Inteligência dos arts. 44 e 59 do Código Penal. Precedentes. 5. Habeas corpus não conhecido. (STJ. HC 268683/SP, Rel. Min. Nefi Cordeiro, 6ª T, j. 07/10/2014, DJE 21/10/2014)

f) Expressivo prejuízo aos cofres públicos como “consequência” apta a agravar a pena:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PECULATO. (...) CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AGRAVO NÃO PROVIDO. (...) 2. Conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça, é válida a fundamentação atinente às consequências do delito quando apontar elemento concreto que demonstre a excepcionalidade na conduta delituosa, como, por exemplo, o elevado prejuízo suportado pela vítima. 3. Agravo regimental não provido. (STJ. AgRg no AREsp 152433, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, 6ª T, j. 09/06/2015, DJE 22/06/2015)

g) Valor do bem subtraído como fundamento idôneo para exasperação da pena base pelas “consequências” do crime:

(...). 2. Na hipótese dos autos, não merece censura o julgado, quanto à majoração da pena-base em face da maior culpabilidade do Agravante, evidenciada pela natureza premeditada da prática delituosa. Ainda, o elevado montante objeto do roubo - R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais), o que daria, atualmente, pouco mais de 82 (oitenta e duas) vezes o valor do salário mínimo - é fundamento idôneo para a exasperação da pena-base, a título de consequências do delito. 3. Acrescente-se que o legislador não delimitou parâmetros para a fixação da pena-base, de forma que a majoração fica adstrita ao prudente arbítrio do Magistrado, que deve observar o princípio do livre convencimento motivado, o que ocorreu na hipótese. 4. À míngua de argumentos novos e idôneos para infirmar os fundamentos da decisão agravada, mantenho-a incólume. 5. Agravo regimental desprovido. (STJ. AgRg no AREsp 288922/SE, Rel. Min. Laurita Vaz, 5ª T, j. 18/06/2014, DJE 01/08/2014)

Se o valor roubado de R\$60.000 (sessenta mil reais) citado no julgado supra justifica o aumento da pena base, com muito mais razão crimes contra a administração pública, como o peculato e a corrupção passiva, envolvendo cifras milionárias demandam

o aumento expressivo da pena. Nesse sentido, anota JOSÉ HENRIQUE KASTER FRANCO, ao comentar o cálculo de pena da Ação Penal originária nº 470 do Supremo Tribunal Federal, conhecido como caso do “Mensalão”:

No julgamento da Ação Penal 470 (“Mensalão”), os ministros do Supremo Tribunal Federal elevaram as penas em virtude das consequências do delito de peculado porque a apropriação do dinheiro público passou de um milhão de reais. Segundo o ministro Joaquim Barbosa, “embora o crime de peculato sempre envolva prejuízo ao erário, o montante empregado na prática ilícita pode ser considerado para fins de elevar a pena-base, eis que é variável cada caso concreto. Daí porque considero que, quanto mais alto o desvio, mais reprovável é a conduta e mais grave suas consequências para o bem jurídico protegido, de modo que findam por ser atingidos também outros bens jurídicos.”⁵⁷³

Concluindo, um caminho contrasseletivo importante a seguir é a valorização das circunstâncias objetivas “circunstâncias” e “consequências”, tentando reequilibrar um pouco os pratos da balança em relação à resposta estatal às condutas criminais típicas da parcela mais vulnerável da sociedade com relação às condutas praticadas pela parcela mais privilegiada, sem descambar para um direito penal do autor. E isso deve se dar não por uma espécie de “perseguição” às parcelas privilegiadas, mas *apenas e na medida* em que essas condutas forem *objetivamente mais graves* do que aquelas praticadas pelas camadas mais vulneráveis, em um juízo palpável e objetivo de justiça.

Por exemplo, não se justifica agravar a pena de um homicídio porque o autor é rico e instruído, por configurar inaceitável direito penal do autor. Mas se justifica aumentar a pena de um desvio de verba pública, geralmente praticado por pessoa rica e intruída, porque o desvio foi feito por meio de esquema sofisticado (“circunstância” do crime) e a verba era vultosa (“consequência” do crime).

⁵⁷³ FRANCO, José Henrique Kaster. *Funções da pena e individualização*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p.159-160 (em nota, o autor esclarece que a citação do trecho do julgamento se refere à p.6354 do inteiro teor do acórdão).

5.1.5. Limitação da circunstância “comportamento da vítima”

O comportamento da vítima é uma circunstância *sui generis*, na medida em que não se refere ao sujeito ativo ou ao fato criminoso, como as demais circunstâncias, mas ao sujeito passivo da conduta. Trata-se de circunstância que se aplica apenas aos crimes de dano, onde há uma ou mais vítima individual e definida. Não se aplica em crimes de perigo e em crimes contra bens difusos, pois nesses crimes ou não há vítima definida ou as vítimas compõe um número indeterminado de pessoas.

Como já adiantado⁵⁷⁴, o presente trabalho sustenta que o comportamento da vítima pode atenuar ou agravar a pena.⁵⁷⁵ Quanto ao agravamento da pena, em síntese, foi ponderado que cautelas excepcionais contra o crime tomadas pela vítima configuram motivo para o agravamento da pena do autor que, a despeito delas, ainda assim pratica o crime. Resta abordar como pode ser feita uma interpretação contrasseletiva do conteúdo dessa circunstância judicial, sobretudo no tocante à atenuação da pena.

Para tanto, é necessário afastar do conteúdo da circunstância judicial em apreço toda e qualquer conotação moralista, dado que esse tipo de conotação é altamente seletiva. Como exemplo de conotação moralista e vaga, cita-se o disposto no item 50 da Exposição de Motivos da Parte Geral do Código Penal de 1984:

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

Na doutrina também são encontrados exemplos de conotação moralista ao definir o comportamento da vítima como circunstância judicial. Conferir, exemplificativamente:

Estudos de Vitimologia demonstram que as vítimas podem ser “colaboradoras” do ato criminoso, chegando-se a falar em “vítimas natas” (personalidades insuportáveis, criadoras de caso, extremamente antipáticas, pessoas sarcásticas,

⁵⁷⁴ Cf. tópico 3.1. supra.

⁵⁷⁵ Para uma síntese criminológica do papel da vítima no conflito penal, com referências ao ordenamento jurídico espanhol, cf. BERISTAIN, Antonio. *Derecho Penal, Criminología y Victimología*. Curitiba: Juruá, 2011, p.29-164.

irritantes, homossexuais e prostitutas etc.). *Maridos verdugos e mulheres megeras* são vítimas potenciais de cônjuges e filhos; *homossexuais, prostitutas* e marginais sofrem maiores riscos de violência diante da psicologia doentia de neuróticos com falso entendimento de justiça própria. (...) A *jovem de menor pudor* pode induzir o agente de estupro ou atentado violento ao pudor pelas suas palavras, roupas e atitudes imprudentes etc. Tais comportamentos da vítima, embora não justifiquem o crime, diminuem a censurabilidade da conduta do autor do ilícito, implicando abrandamento da pena.⁵⁷⁶

Pois bem, a menção ao “pouco recato da vítima”, ao “menor pudor”, à condição de “prostituta” ou à orientação sexual do ofendido como hipóteses de atenuação da pena são inadmissíveis em um ordenamento jurídico de um Estado democrático e pluralista, que defende a liberdade humana, inclusive na esfera sexual. Ademais, os juízos moralistas têm um enorme potencial seletivo, já que a imposição de valores de moral sexual é feita, de maneira assimétrica, pelas camadas mais favorecidas da sociedade. Assim, qualquer argumento referente à eventual prostituição do(a) ofendido(a) ou à sua orientação sexual como atenuação da pena deve ser descartado, sendo de se aferir, no caso concreto, se não constitui hipótese de motivo torpe.⁵⁷⁷

Nesse sentido, é importante transcrever o alerta de LEONARDO MASSUD:

Além do perigo de inversão dos papéis, o cuidado na avaliação do comportamento da vítima deve ter em consideração que sua análise também não autoriza que a mitigação de pena sirva à perpetuação de preconceitos inaceitáveis, como nos crimes de intolerância em relação à opção sexual - homossexual agredido por exteriorizar, tal como um heterossexual, seu afeto pelo(a) companheiro(a) -, religiosa e racial (indivíduo de uma determinada religião ou raça que caminha por um bairro predominantemente povoado por outros de uma religião ou raça distintas) ou clubista (indivíduo que torce para

⁵⁷⁶ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal: Parte Geral*. 18 ed. São Paulo: Atlas, 2002, p.294 (destaques nossos). Menções ao “recato” e “timidez” da vítima como hipóteses de comportamentos da vítima aptos a agravar a pena em crimes sexuais são encontradas em NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena*. 7ªed. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2015, p.192. Exemplificando que “a mulher atraente que provoca o sedutor até ser estuprada” seria uma hipótese que atenua a pena, apesar de não justificar o crime, cf. FERREIRA, Gilberto. *Aplicação da pena*. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p.99.

⁵⁷⁷ Em sentido similar, cf. FRANCO, José Henrique Kaster. *Funções da pena e individualização*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p.160.

determinado clube de futebol que apenas caminha perto da entrada da torcida de outro clube no dia do jogo).⁵⁷⁸

A própria lógica de vítima provocadora do crime deve ser bem sopesada. De fato, hipóteses nas quais a vítima desafia alguém e que provoca ativamente uma pessoa podem ser consideradas como circunstância judicial negativa (p. ex. alguém que provoca agressivamente um terceiro e vem a ser lesionado). Da mesma forma, uma grave agressão em um passado próximo, inapta a constituir legítima defesa. Nota-se que o autuar ativo da vítima deve ser juridicamente reprovável, ou seja, não há que se falar em provocação ativa da vítima na hipótese em que ela está exercendo o seu direito, mesmo que de maneira ríspida.

Como exemplo legal tipificado de comportamento da vítima apto a atenuar a pena, que pode servir de parâmetro para a circunstância judicial “comportamento da vítima”, encontra-se a figura do “homicídio privilegiado”, nome pela qual é conhecida a causa de redução de pena prevista no artigo 121, parágrafo 1º do Código Penal:

Se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou *sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima*, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço.
(destaque nosso)

Idêntica figura privilegiada está prevista para o caso de lesão corporal (artigo 129, parágrafo 4º do Código Penal). Em termos um pouco diversos está a atenuante prevista no artigo 65, inciso III, alínea “c”, terceira figura, que prevê atenuação na hipótese do crime ter sido cometido “sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima.”

Verifica-se que o diferenciam as figuras “tipificadas” de comportamento da vítima da circunstância judicial sob apreço são o “domínio de violenta emoção”, no caso das causas de diminuição, e a “influência de violenta emoção” no caso da atenuante genérica. Excluídas esses termos especializadores relacionados à emoção da vítima, resta o ato injusto da vítima, que serve como parâmetro de delimitação do comportamento da vítima como circunstância judicial.

⁵⁷⁸ MASSUD, Leonardo. *Da pena e sua fixação: finalidades, circunstâncias judiciais e apontamentos para o fim do mínimo legal*. São Paulo: DPJ, 2009, p.178.

Por outro lado, para se evitar arbitrariedades, é inadequado considerar como possível uma suposta “provocação passiva” como sendo apta a atenuar a pena (p. ex. uma pessoa andando desatenciosamente com um relógio caro em uma praça tarde da noite não estaria “pedindo” para ser roubado, sendo direito de qualquer pessoa andar em segurança na via pública⁵⁷⁹) ou o modo de ser do ofendido (p. ex. ter “personalidade insuportável” ou ser “irritante”, pois, além de ser vago e de julgamento extremamente subjetivo, o modo de ser de alguém não pode ser apto a atenuar a pena de ninguém que o vitime). Oportuna a ponderação de FERNANDO GALVÃO:

(...) como a liberdade pessoal e o direito ao patrimônio são garantidos em nível constitucional, não se pode reprovar o comportamento da vítima. Todos os indivíduos são livres para desenvolver suas potencialidades, bem como para fazer, nos limites da lei, qualquer uso de seus bens patrimoniais. Juridicamente, não se pode reprovar a conduta do proprietário que deixa a porta de sua casa aberta. No entanto, quando o comportamento da vítima resultar em especial fator de estímulo à prática delitiva, o julgador deve considerá-lo para minorar a resposta estatal ao autor do fato punível. É a hipótese da anterior agressão, por parte da vítima, que não justifica a conduta pela legítima defesa, mas contribui para a ocorrência do crime.⁵⁸⁰

Em síntese, sob uma interpretação contrasseletiva, o comportamento da vítima deve ser aferido a partir da conduta ativa da vítima, seja de provocar ativamente o agressor (hipótese de atenuação da pena), seja de tomar cautelas excepcionais contra o crime (hipótese de agravamento da pena), afastando-se juízos moralistas e vagos da aferição.

5.1.6. Delimitação do montante do aumento e da diminuição nas primeira e segunda fases do cálculo

Com relação à delimitação do montante de aumento e da diminuição nas primeira e segunda fases do cálculo de pena, a doutrina e jurisprudência se dividem, basicamente, em dois tipos de posicionamento: o primeiro, procura estabelecer parâmetros

⁵⁷⁹ Em sentido contrário, sustentando que esse tipo de comportamento da vítima pode justificar o abrandamento da pena, cf. MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal: Parte Geral*. 18 ed. São Paulo: Atlas, 2002, p.294; FERREIRA, Gilberto. *Aplicação da pena*. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p.99.

⁵⁸⁰ GALVÃO, Fernando. *Aplicação da pena*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p.157.

mais objetivos para o aumento no caso de incidência de cada uma das circunstâncias da primeira e segunda fases do cálculo⁵⁸¹; e o segundo sustenta ser necessária maior liberdade ao julgador no momento do cálculo, sobretudo na primeira fase, onde o julgador deve ter um espaço de ação mais amplo para individualização da pena.⁵⁸²

Nota-se que há uma maior convergência entre os dois posicionamentos no que se refere ao aumento e diminuição na segunda fase do cálculo, inclinando-se os autores em considerar razoável o aumento ou diminuição no montante de 1/6, menor aumento/diminuição previsto em nosso ordenamento jurídico para causas de aumento e de diminuição.⁵⁸³

Sob a ótica de uma interpretação contrasseletiva, verifica-se que a principal preocupação é de buscar valorizar interpretações que permitam uma maior clareza no aumento e na diminuição da pena. Os parâmetros de aumento e diminuição devem ser, por regra, fixos, devendo o intérprete se atentar para que eventuais exceções não venham a gerar diferenciações arbitrárias.

Das posições nesse sentido, é particularmente fundamentada aquela que confere tanto às circunstâncias judiciais quanto às agravantes e atenuantes, como regra, o aumento/diminuição fixo de 1/6. Como dito, esse montante é o mínimo de aumento/redução previsto em nosso ordenamento jurídico, de modo que faz todo o sentido sistemático usá-lo como parâmetro básico.

Observa-se que, quanto ao cálculo da pena na primeira fase, há quem sustente que o aumento deve se dar em 1/8 na presença de cada circunstância judicial negativa, já que o artigo 59 prevê oito circunstâncias.⁵⁸⁴ Todavia, tal raciocínio não possui o mesmo

⁵⁸¹ Nesse sentido, cf. NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena*. 7ªed. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2015, p.195-200; SOARES, Fabrício Antonio. *Crítérios para a fixação da pena-base e da pena provisória*. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 11, n. 920, 9 jan. 2006. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/7762>, consulta em 07 de junho de 2019.

⁵⁸² Cf., ressaltando a existência de diferenças sensíveis entre os sistemas propostos pelos autores, FRANCO, José Henrique Kaster. *Funções da pena e individualização*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p.164-169; BOSCHI, José Antonio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 7ªed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p.182-191; CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p.383-387.

⁵⁸³ Cf. ROSSETO, Enio Luiz. *Teoria e aplicação da pena*. São Paulo: Atlas, 2014, p.132-138.

⁵⁸⁴ Nesse sentido, SOARES, Fabrício Antonio. *Crítérios para a fixação da pena-base e da pena provisória*. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 11, n. 920, 9 jan. 2006. Disponível em:

embasamento sistêmico do aumento em 1/6. Ademais, sustenta-se no presente trabalho a inconstitucionalidade de considerar a “conduta social” e a “personalidade” no cálculo da pena, de modo que só restam seis circunstâncias judiciais constitucionalmente adequadas, o que esvazia o argumento de aumento em 1/8 baseado no número de circunstâncias existentes.

Não se vislumbra razão para o aumento ser diferente na hipótese de circunstâncias da primeira e segunda fase do cálculo, já que as circunstâncias da segunda são, no mais das vezes, como visto⁵⁸⁵, previsão especializada de circunstâncias da primeira fase. Eventual maior importância das agravantes ou atenuantes em relação às circunstâncias judiciais, por outro lado, acaba se refletindo no fato de que as segundas atuam sobre o montante estabelecido na primeira fase, causando um “efeito cascata” no aumento ou diminuição, de modo a ter maior relevância temporal na pena final.

Existe ainda posição no sentido de que o aumento deveria ser “no máximo” ou mesmo “inferior” a 1/6.⁵⁸⁶ Segundo essa posição, um aumento de percentual idêntico na primeira, segunda e terceira fases do cálculo iria contra a natureza jurídica diversa das circunstâncias judiciais, agravantes e causas de diminuição, na medida em que conferiria a todas o mesmo efeito mínimo: aumento de até 1/6.

Argumenta-se, ainda, que se o legislador pretendesse um aumento de 1/6 ou maior no caso de circunstâncias judiciais negativas e agravantes, as teria previsto como causas de aumento. Se não o fez, entendeu que tais circunstâncias judiciais negativas e agravantes possuem um desvalor menor do que as causas de aumento, justificando um aumento menor ou no máximo igual a 1/6 quando das suas incidências.

Já quanto às hipóteses de diminuição em 1/6 ou maior no caso de circunstâncias judiciais positivas e atenuantes se justificaria com base no *favor libertatis*, ou seja, no entendimento mais favorável ao réu, mesmo que sejam aplicáveis as mesmas objeções ao aumento de 1/6 ou maior.

<https://jus.com.br/artigos/7762>, consulta em 07 de junho de 2019; BARREIROS, Yvana Savedra de Andrade. *Individualização da pena: um desafio permanente*. Curitiba: Juruá, 2009, p.46.

⁵⁸⁵ Cf. tópico 3.1. *supra*.

⁵⁸⁶ Com relação às agravantes, cf. CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p.436-442; BOSCHI, José Antonio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 7ªed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p.242-245.

Refuta-se essa posição seguindo a mesma lógica da natureza jurídica similar das circunstâncias da primeira, segunda e terceira fases do cálculo. Repisa-se, por regra, todas as circunstâncias *lato sensu* possuem natureza jurídica similar, tendo diferenciações, baseadas em especificações, apenas por política criminal do legislador, que as previu em etapas diversas do cálculo. Nesse contexto, as diferenças a serem levadas em conta entre as circunstâncias *lato sensu* são somente aquelas expressamente previstas pelo legislador. No caso, o legislador não previu o montante de aumento/diminuição de cada uma das circunstâncias na primeira e segunda fases do cálculo, de maneira que não é possível presumir que o desvalor delas seja, necessariamente, desigual.

Ademais, mesmo que admitida certa desigualdade de desvalor das circunstâncias previstas em fases diversas do cálculo, a incidência posterior das causas de aumento e diminuição já refletem essa maior relevância na pena, estando expressamente prevista em lei, não sendo necessário estipular um teto artificial igual ou inferior a 1/6 para as demais circunstâncias das duas fases anteriores do cálculo.

Aliás, seguindo o raciocínio que não há diferença significativa de desvalor entre as circunstâncias das três fases do cálculo, nada impede que, em hipóteses específicas, o aumento ou diminuição seja superior a 1/6, na primeira ou segunda fases, com a incidência de apenas uma circunstância judicial, agravante ou atenuante. Por exemplo, é razoável o aumento superior a 1/6 no caso de possuidor de vários antecedentes (“antecedentes” - primeira fase do cálculo), em um crime patrimonial de enorme vulto (“consequências do crime” - primeira fase do cálculo) ou de agente que atuou com enorme crueldade (“meio cruel” - segunda fase do cálculo).⁵⁸⁷ Da mesma forma, é razoável a redução menor de 1/6 em situação que tangencia a legítima defesa (“comportamento da vítima” - primeira fase do cálculo) ou em hipótese de enorme valor social (“relevante valor social” - segunda fase do cálculo).

Também o aumento inferior a 1/6 se justifica em algumas situações, como no caso de reincidência ou mau antecedente gerado por condenação anterior por delito de muito baixa gravidade (p. ex. porte de droga para uso próprio). Tal raciocínio se justifica, até mesmo, pela lógica de proibição de excesso, já que não faz sentido, sob a ótica da

⁵⁸⁷ Nesse sentido, FRANCO, José Henrique Kaster. *Funções da pena e individualização*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p.175.

proporcionalidade, que o aumento gerado pela condenação por um crime anterior gere um aumento de pena superior à pena que foi aplicada no processo originário.

A diminuição inferior a 1/6, embora mais polêmica, também é aceitável, em hipóteses excepcionais, como no caso de uma confissão absolutamente inócua para esclarecimento dos fatos (p. ex. o crime foi gravado).

No entanto, os aumentos/diminuições diversos de 1/6 não podem ser banalizados, com vistas a garantir a segurança jurídica e a igualdade de tratamento entre os réus. Ademais, o aumento/diminuição não pode ser pífio (p. ex. apenas um dia de pena), sob pena de se negar vigência efetiva à existência delas no ordenamento jurídico.

Tais aumentos/diminuições diferenciados devem ser devidamente motivados em juízos de valor despidos de qualquer diferenciação arbitrária, como seria o caso de juízos estritamente moralistas. É certo que isso dá certa margem à discricionariedade, todavia, a discricionariedade não é necessariamente negativa, contanto que o intérprete se atente para que essa não gere diferenciação constitucionalmente arbitrária, configuradora de seletividade.

5.2. Medidas contrasseletivas referentes à fixação do regime prisional e à substituição ou não por pena(s) restritiva(s) de direitos e/ou multa

Trata-se de tema de especial relevância contrasseletiva o referente à fixação do regime prisional e à substituição ou não por pena(s) restritiva(s) de direitos e/ou multa. Como visto⁵⁸⁸, os fatores usados para a escolha do tipo de pena se encontram no artigo 59 do Código Penal (circunstâncias judiciais - aplicáveis à escolha do regime e à substituição ou não por pena(s) restritiva(s) de direitos e/ou multa), bastante aberto e sujeito a juízos discricionários, e nas regras específicas sobre o regime prisional, previstas no artigo 33, parágrafo 2º do Código Penal, e sobre a substituição da prisão por pena(s) alternativas(s), previstas no artigo 44 do Código Penal.

⁵⁸⁸ Cf. tópico 3.1. supra.

Quanto às regras específicas sobre o regime prisional, ressalta-se que elas apenas impõem a fixação de regime mais gravoso a depender do montante da pena e da reincidência ou não do agente. No entanto, com fundamento no artigo 59 do Código Penal, diante de circunstâncias judiciais negativas, podem ser aplicados regimes mais gravosos do que o previsto em lei como regra para o montante da pena em questão.⁵⁸⁹

Do mesmo modo, as normas específicas sobre a substituição da prisão por pena(s) alternativas(s) preveem mais impeditivos de aplicação do que regras impositivas de aplicação, pois interpretando-se, a contrário senso, os incisos do artigo 44 chega-se a conclusão que não se substitui a pena privativa de liberdade por restritiva(s) de direito no caso de (inciso I) pena superior a quatro anos em caso de crime doloso (no caso de crime culposos, não há essa limitação), se o crime for praticado mediante violência ou grave ameaça e (inciso II) se o réu foi reincidente em crime doloso (exceto se não for reincidente específica e for socialmente recomendável⁵⁹⁰). No entanto, mesmo o réu primário, que não praticou crime mediante violência ou grave ameaça, cuja pena for inferior a quatro anos de prisão, pode, em tese, não ter a sua pena substituída, se a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição não é suficiente⁵⁹¹ (inciso III).

Na verdade, a jurisprudência atual é pacífica em afirmar que a fixação de regimes prisionais mais gravosos, assim como eventual não aplicação de pena alternativa, independente do montante da pena fixado e da reincidência (hipóteses nas quais são obrigatórias a fixação de regimes mais gravosos e afastamento de penas alternativas), sustentando ser possível a fixação de regime mais gravoso com base na *gravidade em concreto da conduta*, inferida das circunstâncias judiciais⁵⁹², independentemente da primariedade e da quantidade de pena, exigindo-se, naturalmente, devida

⁵⁸⁹ Em sentido análogo, cf. FRANCO, José Henrique Kaster. *Funções da pena e individualização*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p.188-191.

⁵⁹⁰ Critica-se, do dispositivo, tanto a previsão da “reincidência específica” (abordada a seguir), quanto o uso do termo aberto “socialmente recomendável” (por ser sujeito a decisionismos e diferenciações arbitrárias).

⁵⁹¹ Reportamo-nos ao tópico 5.1.2. supra quanto à inadequação de se considerar os vetores “personalidade” e “conduta social” no cálculo de pena.

⁵⁹² “A escolha do regime inicial, que é estabelecido por sentença judicial, deve ser pautada pelas circunstâncias judiciais.” “Ou seja, ente os vários critérios a serem observados para a escolha do regime inicial a que será submetido o condenado, estão os mesmos que orientam a fixação da pena-base, devendo, portanto, conduzir o magistrado à escolha de um regime inicial que seja necessário e suficiente para que se cumpram os fins de reprovação e prevenção do crime.” (BARREIROS, Yvana Savedra de Andrade. *Individualização da pena: um desafio permanente*. Curitiba: Juruá, 2009, p.171).

fundamentação.⁵⁹³ Em outras palavras, o réu primário condenado a pena igual ou inferior a quatro anos de prisão não tem direito público subjetivo à fixação do regime inicial aberto ou à substituição por pena(s) restritivas de direitos e/ou multa, e o réu primário condenado a pena igual ou inferior a oito anos não tem direito público subjetivo à fixação do regime inicial semiaberto, podendo ser, motivadamente, nos termos legais mencionados, imposto regime mais gravoso do que o previsto em lei como regra, assim como afastada a substituição por penas não privativas de liberdade.⁵⁹⁴

Vejamos, exemplificativamente, os seguintes julgados do Supremo Tribunal Federal.

(...) o preceito inscrito no art. 33, § 2º, c, do CP não obriga o magistrado sentenciante, mesmo tratando-se de réu primário e sujeito a pena não superior a quatro anos de prisão, a fixar, desde logo, o regime penal aberto. A norma legal em questão permite ao juiz impor, ao sentenciado, regime penal mais severo, desde que o faça, como no caso, em decisão suficientemente motivada. A opção pelo regime aberto constitui mera faculdade legal reconhecida ao magistrado sentenciante. (STF. HC 71.952, voto do Rel. min. Celso de Mello, j. 4-4-1995, 1ª T, DJE de 11-12-2009)

Não há nulidade na decisão que majora a pena-base e fixa o regime inicial mais gravoso considerando-se as circunstâncias judiciais desfavoráveis (CP, art. 59). (STF. RHC 93.818, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 22-4-2008, 1ª T, DJE de 16-5-2009)

As alíneas b e c do § 2º do art. 33 do CP dispõem, expressamente, como pressuposto para a fixação dos regimes prisionais nelas estabelecidos (semiaberto e aberto), a não reincidência do condenado, sendo irrelevante o quantum de pena fixado na condenação. (...) No caso sob exame, o juízo

⁵⁹³ Ressalva-se que a jurisprudência dominante, ao menos dos Tribunais Superiores, é categórica em vedar a fixação do regime prisional mais gravoso com base na gravidade em abstrato da conduta. Cf. a Súmula nº 718 do Supremo Tribunal Federal: “A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.” Cf. também a Súmula nº 719 do Supremo Tribunal Federal: “A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea” e nº 440 do Superior Tribunal de Justiça: “Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito”. A jurisprudência também é pacífica quanto à possibilidade de fixação de regime semiaberto no caso reincidente condenado a pena igual ou inferior a quatro anos de prisão, se favoráveis as circunstâncias judiciais, sendo essa a posição sumulada pelo Superior Tribunal de Justiça (Súmula nº 269).

⁵⁹⁴ BOSCHI, José Antonio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 7ªed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p.282.

sentenciante fixou o regime inicial fechado em razão da reincidência do paciente, nos termos do art. 33, § 2º, b, do CP, bem como da gravidade concreta dos atos perpetrados. Desse modo, apesar de a pena final ter sido estabelecida em patamar inferior a oito anos de reclusão, a fixação do regime fechado para o início do cumprimento da reprimenda imposta ao paciente encontra-se devidamente justificada. (STF. HC 122.031, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 6-5-2014, 2ª T, DJE de 26-5-2014)

Destaca-se que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal se atenta à gravidade em concreto da conduta, e não à gravidade em abstrato. Aliás, com relação à gravidade em abstrato, o Supremo Tribunal Federal se afastou do marco legal da Lei de Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/90, com a redação alterada pela Lei nº 11.464/07) que afirmava que na hipótese desses crimes seria obrigatório o regime inicial fechado. No HC nº 108.840/ES, Rel. Min. Dias Toffoli, o STF declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do regime inicial fechado mesmo no caso de crimes hediondos e equiparados.⁵⁹⁵ Sem entrar no mérito do acerto ou não da decisão da Suprema Corte, pondera-se ser razoável, ao menos, que a hediondez, que é instituto constitucionalmente previsto (artigo 5º, inciso XLIII), seja levada em consideração como um fator na análise da gravidade em concreto de um delito, assim como de sua reprovabilidade, com vistas a analisar o regime prisional cabível.⁵⁹⁶

Voltando à regra aplicável aos crimes em geral, nota-se que a jurisprudência está de acordo com o marco normativo que regra a fixação do regime prisional e à substituição ou não por pena(s) alternativa(s). Com base em tal marco legal, corroborado pela jurisprudência dominante, é possível tecer algumas considerações sobre a seletividade do sistema penal nessa seara⁵⁹⁷ e possíveis medidas contrasseletivas.

⁵⁹⁵ ROSSETO, Enio Luiz. *Teoria e aplicação da pena*. São Paulo: Atlas, 2014, p.174.

⁵⁹⁶ Nesse sentido, FRANCO, José Henrique Kaster. *Funções da pena e individualização*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p.191.

⁵⁹⁷ “Nas hipóteses de sentença condenatória, a determinação do regime da pena privativa de liberdade (reclusão e detenção) nas sentenças condenatórias assume grande importância na prática da criminalização, eis que dele decorrerá o efetivo ingresso do sentenciado em uma prisão ou a permanência nela por tempo razoável.” “Selecionar o regime de pena, portanto, implica também selecionar o criminoso, uma vez que a escolha do regime também se insere no processo de individualização da pena, que é abstratamente definida na lei entre limites quantitativos de mínimo a máximo.” (MELLIM FILHO, Oscar. *Criminalização e Seleção no Sistema Jurídico Penal*. São Paulo: IBCCRIM, 2010, p.125).

O ponto principal a respeito da seletividade do sistema penal no tocante à fixação do regime prisional e à substituição ou não por pena(s) alternativa(s) é o seguinte: *a imposição de efetiva privação de liberdade ou não ao condenado.*

Na prática de nosso sistema jurídico, como visto⁵⁹⁸, pode-se entender como efetiva privação de liberdade o regime fechado e, no máximo, o regime semiaberto. No caso do regime aberto, diante da disseminada prática de imposição de prisão albergue domiciliar, assim como no caso de aplicação de penas alternativas, o condenado não terá sua liberdade privada, não ingressando no sistema carcerário, evitando-se toda a carga punitiva a ele inerente e diminuindo, drasticamente, o caráter estigmatizante da pena. Nota-se que, mesmo no caso da fixação de regime semiaberto pode não ocorrer a efetiva privação de liberdade, no caso de ausência de estabelecimento prisional próprio, hipótese em que pode o condenado aguardar vaga em regime aberto, por vezes cumprindo o lapso necessário para progredir de regime nessa situação, evitando-se a sua prisionização. No caso de substituição por pena(s) restritiva(s) de direitos e/ou multa, obviamente, não há privação de liberdade efetiva.

Pois bem, a literatura criminológica já há muito tempo denuncia a resistência do Judiciário em aplicar penas de efetiva privação de liberdade em face daqueles integrantes das parcelas privilegiadas da sociedade. Para tais pessoas, devido às metarregras já abordadas no capítulo 1, a prisão é considerada hipótese absolutamente excepcional, aplicável apenas em casos muito chocantes, geralmente após muitos anos de processos em que foram exauridas quaisquer chances de evitar a prisão. Vejamos algumas críticas criminológicas nesse sentido:

Outro *dado* da criminologia da seleção no tribunal é a comprovada relutância de os juízes condenarem à prisão efetiva as elites e as classes médias da vida econômica, da administração ou das profissões liberais. Da mesma atitude beneficiam, de resto, os filhos destes grupos sociais. As coisas são particularmente ostensivas em relação aos delinquentes de *white-collar*, designadamente aos autores de crimes contra a economia. O reduzido número de processos que lhes são instaurados, se não terminam com absolvição, dão lugar a

⁵⁹⁸ Cf. tópico 3.1 supra.

condenações muitas vezes puramente simbólicas, sem o estigma e os custos da prisão.⁵⁹⁹

Especialmente significativa a respeito da individualização da pena é que nas hipóteses de cominação alternativa de sanções pecuniárias e detentivas, os critérios de escolha funcionam nitidamente em desfavor dos marginalizados e do subproletariado, no sentido de que prevalece a tendência a considerar a pena detentiva como mais adequada no seu caso porque é menos comprometedora para o seu *status* social já baixo. Assim, as sanções que mais incidem sobre o *status* social, isto é, mais estigmatizadoras, são preferencialmente usadas contra aqueles que já o tem debilitado.⁶⁰⁰

Acontece que essa resistência em se aplicar efetiva privação de liberdade para uma determinada classe social é claramente seletiva. Não é admissível que um fator completamente desvinculado da gravidade do crime tenha prevalência na fixação da efetiva privação de liberdade.

Não se está aqui a defender a disseminação sem controle da privação de liberdade para todo e qualquer crime. A prisão é sabidamente deletéria, pois gera efeitos perniciosos que afetam o indivíduo e sua família, estigmatizando profundamente o ser humano. No entanto, a prisão é constitucionalmente prevista como resposta penal, devendo ser destinada aos crimes socialmente mais graves, independentemente de quem os tenha praticado. Trata-se, a prisão, atualmente, da única resposta estatal proporcional às ofensas jurídicas mais graves, como crimes violentos (p. ex. homicídios, latrocínios e estupros) e grandes ofensas a bens coletivos, mormente a criminalidade de “colarinho branco” e a grande corrupção de agentes públicos.

Ademais, por uma questão de equidade, tendo em vista que o ordenamento jurídico, chancelado pela jurisprudência mencionada, baseia a prisão, basicamente, na gravidade em concreto do delito (direito penal do fato), inferindo a gravidade das circunstâncias judiciais, chega-se à conclusão que deve a pena de prisão efetiva ser aplicada, de forma indistinta, para pessoas de todas as classes sociais, baseando-se,

⁵⁹⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia: O Homem delinquente e a Sociedade Criminógena*. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p.536 (com referências).

⁶⁰⁰ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão da segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p.279.

prioritariamente, no crime praticado.⁶⁰¹ Nota-se que o afastamento das circunstâncias judiciais “personalidade” e “conduta social”, já abordado⁶⁰², corrobora a lógica de focar na gravidade em concreto do crime no momento de individualização da pena, o que inclui a aplicação ou não de privação efetiva de liberdade.

Exceções devem também ser feitas de maneira indistinta, baseadas em circunstâncias constitucionalmente adequadas, como, por exemplo, evitar a prisão para um doente terminal (basicamente, por questões humanitárias). No entanto, deve-se ter cautela para que as exceções não sejam instrumentalizadas pelos poderosos, com o intuito de se safarem da responsabilização por seus atos.⁶⁰³ Agindo-se dessa forma, a condenação à prisão efetiva terá um efeito contrasseletivo notável.

Tal raciocínio, certamente, encontra resistência. Há quem sustente que a pena de prisão efetiva deve ser destinada a apenas autores de crimes violentos. Há, também, quem afirme que a pena para criminosos de “colarinho branco” deveria ser, prioritariamente, pecuniária. No entanto, tais posições não se sustentam em um sistema que pretende ser menos seletivo.

Com relação à prisão apenas para autores de crimes violentos, nota-se que tal raciocínio se baseia na ideia juridicamente insustentável de que alguém que pratica um crime violento seria “perigoso”, devendo apenas a esse perfil de criminoso ser destinada a privação de liberdade efetiva.⁶⁰⁴ Como já visto, esse é, na verdade, um juízo de valor leigo sobre a periculosidade do agente imputável, que seria o “criminoso contumaz ou de

⁶⁰¹ Em sentido diverso, sustentando a igualdade de aplicação da pena para a “criminalidade de rua” e para a de “colarinho branco”, mas ponderando que a fixação ou não da pena privativa de liberdade deve se dar por motivos de prevenção especial positiva, o que não concordamos, devido ao caráter diferenciador da ressocialização (vide tópico 4.3.3. supra), cf. SANTOS, Cláudia Cruz. *O crime de colarinho branco, a (des)igualdade e o problema dos modelos de controle*. In: PODVAL, Roberto (Org.). *Temas de direito penal econômico*. São Paulo: RT, 2001, p.220-221.

⁶⁰² Cf. tópico 5.1.2. supra.

⁶⁰³ Continua atual o alerta de HELENO CLÁUDIO FRAGOSO: “Os ricos livram-se facilmente, contratando bons advogados, recorrendo ao tráfico de influência e à corrupção.” “Eles nunca vão para as prisões.” “Quando, em situações excepcionais, isso vem a suceder, logo ficam doentes e são transferidos para o hospital.” (FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Ciência e Experiência do Direito Penal*. Apêndice da obra *Lições de Direito Penal: Parte Geral*. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.551, publicado originalmente em 1979).

⁶⁰⁴ Exemplificativamente, defendendo que somente ao criminoso que pratica crime mediante violência ou grave ameaça à pessoa seria necessária a pena de prisão efetiva, cf. TASSE, Adel el. *Teoria da Pena. Pena Privativa de liberdade e medidas complementares: um estudo crítico à luz do Estado Democrático de Direito*. Curitiba: Juruá, 2010, p.155-156.

impulsos violentos ou descontrolados”⁶⁰⁵. No mais das vezes, tal juízo leigo de periculosidade se baseia em um inaceitável estereótipo de “bandido”, normalmente o indivíduo morador de zonas periféricas, economicamente empobrecido, com baixo índice educacional, homem e jovem, preferencialmente pardo ou negro.⁶⁰⁶

Não se nega que existam criminosos com o perfil juridicamente atécnico de “perigoso”, ou seja, criminosos contumazes, sem qualquer consideração com a vida alheia, violentos e/ou descontrolados. Roubadores, estupradores, sequestradores, matadores, enfim, diversos autores de crimes violentos geram consequências terríveis por meio de seus atos, possuindo perfil bastante pernicioso de conduta, demandando resposta estatal proporcionalmente incisiva.

Aliás, inclusive autores de crimes de “colarinho branco” e políticos corruptos podem ter esse perfil, na medida em que não medem as consequências gravíssimas de seus atos, vitimando inúmeras pessoas, de forma “descontrolada”, já que sem quaisquer freios éticos, e “violenta”, na medida em que suas condutas geram danos físicos e mesmo mortes de pessoas que ficam sob riscos variados (crimes econômicos, financeiros, ambientais, contra as relações de consumo etc.) e desassistidas de recursos vitais (crimes tributários, contra a administração pública etc.). Frise-se que, até mesmo pelo nível educacional geralmente elevado que possuem, os autores de crimes de “colarinho branco” e agentes públicos corruptos sabem exatamente as consequências gravíssimas de suas condutas.

Todavia, sustenta-se juridicamente que, independentemente do perfil dos agentes criminosos, apenas quando estes praticam crimes graves, e na medida da gravidade desses crimes, tais pessoas chamadas (de forma juridicamente atécnica) de “perigosas” devem ter sua liberdade privada, não importando, portanto, a “perigosidade” (em sentido não jurídico) em si.⁶⁰⁷

⁶⁰⁵ BRITO, Alexis Couto de. *Execução Penal*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2011, p.74. Esse parece ser o sentido dado pelo tópico 26 da Exposição de Motivos do da Parte Geral do Código Penal, acima transcrito, que sustenta que a pena de prisão deve ser prioritariamente voltada para criminosos “perigosos” a autores de “crimes graves”. Cf. tópico 3.3. supra.

⁶⁰⁶ Cf. tópico 1.4. supra.

⁶⁰⁷ Destaca-se que os parâmetros não jurídicos de “periculosidade” podem e devem ser levados em consideração no momento de planejamento e execução de políticas públicas de segurança, sendo de todo recomendável que a política criminal de um Estado Democrático, baseada em estudos criminológicos, se atente na prevenção dos fatores que suscitam esse tipo de criminalidade especialmente danosa. Igualmente, os parâmetros não jurídicos de “periculosidade”, mormente os relativos à agressividade do agente, devem ser

Criticando o tratamento benevolente à criminalidade do “colarinho branco” por ser supostamente “não violenta”, posiciona-se LUCIANO FELDENS:

A título de exemplo, atente-se para o jargão clichê frequentemente utilizado nos fóruns e tribunais para afastar a aplicação da pena privativa de liberdade a crimes do “colarinho branco”, qual seja, o fato de que não seriam “crimes violentos”. Teses, teorias, exemplificações, paralelos, precedentes, enfim, tudo edificado a fazer crer tratar-se de uma criminalidade “diferente” (a significar: criminalidade menos danosa), portanto a merecer sanções “diferentes” (a significar: sanções menos gravosas). Ofende à lógica. Atente-se: acaso desejasse apropriar-se do patrimônio alheio, de que forma o empresário faria? E de que forma procederia um cidadão humilde, que o mesmo objetivasse? Nesse exercício indagamos: imaginar-se-ia, por exemplo, um empresário abandonando a sua mesa de negócios, confortavelmente situado em um asséptico escritório climatizado, postando-se em uma fila de ônibus para, nele penetrando, subtrair, sorratamente, a carteira (o patrimônio) de outro particular? E cogitar-se-ia, do contrário, ou seja: que um cidadão qualquer, desprovido de emprego e renda, tomasse a mesa, o escritório e o posto do empresário e assim passasse a empreender operações financeiras ilegais, como, por exemplo, evasão de divisas? Quer-se dizer, a par da imponderabilidade emergente da ilustração: guardados os meios, é nítido o paralelismo das duas situações acima ventiladas, com a observação de que os crimes do “colarinho branco” (...) se fazem assaz mais gravosos à coletividade que um simples delito de furto ou mesmo algumas hipóteses de roubo. Pois o que se pretende colocar é exatamente isso: a maneira de o “colarinho branco” delinquir não é outra senão aquela. Por igual, a delinquência patrimonial do pobre não se afasta, por demais, da situação narrada. Eis o problema: *se não reconhecermos a danosidade da conduta delituosa por seus efeitos, mas pela espécie delitiva praticada, estaremos, ao mesmo tempo, selecionando os réus para os quais infligiremos ou os rigores da lei ou os seus benefícios*. Reside, nesta consideração, importante aspecto fomentador da desigualdade.⁶⁰⁸

Ponderando sobre a violência do criminoso de “colarinho branco”, no que se inclui a violência dos agentes públicos corruptos, complementa JAMES WILLIAM COLEMAN:

levados em consideração no momento de dividir presos com perfis diferenciados em estabelecimentos prisionais, com vistas à preservação da integridade física dos prisioneiros.

⁶⁰⁸ FELDENS, Luciano. *Tutela penal de interesses difusos e crimes do colarinho branco: por uma relegitimação da atuação do Ministério Público*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p.156-157 (destaque nosso).

Muitos podem desconfiar das motivações que movem funcionários do governo e das grandes corporações, mas poucas pessoas encaram os executivos como criminosos violentos. Extremamente trabalhadores, competitivos e bem-sucedidos, esses homens e essas mulheres representam aspirações e os ideais da classe média e parecem estar anos-luz da violência e desordem das ruas das grandes cidades. No entanto, as diferenças entre os criminosos da alta sociedade e seus colegas do submundo são mais uma questão de forma do que de conteúdo. Um jovem assaltante que acidentalmente mata o caixa de uma loja mostra a mesma indiferença pela vida humana que o engenheiro que falsifica os resultados dos testes para abafar uma falha no sistema de freios de um automóvel que pode levar à morte. A distância entre o engenheiro e a sua vítima permite que ele se dê ao luxo de fingir que ninguém será ferido em consequência de seus crimes quando, na verdade, os danos são bastante reais.⁶⁰⁹

O que deve prioritariamente importar para a punição é o fato concreto, não o seu autor. Os parâmetros já trabalhados nos tópicos anteriores com relação às circunstâncias judiciais, filtrados pela ótica contrasseletiva, são aptos a justificar a fixação de prisão efetiva para os autores de crimes graves contra a coletividade. Trata-se, apenas, de efetivação do princípio da igualdade, não se vislumbrando qualquer tipo de “perseguição” a esse perfil de criminoso, normalmente pertencentes às parcelas mais privilegiadas da sociedade que, muitas vezes, se veem imunizadas com relação ao sistema punitivo.

Em suma, a prisão efetiva deve servir para punir condutas graves e não pessoas “perigosas”⁶¹⁰. Se a prisão brutaliza, não sendo “adequada” aos integrantes de classes sociais mais abastadas, que se melhorem as prisões.⁶¹¹ Aliás, via de regra, nos moldes atuais as prisões são inadequadas a quem quer que seja. O norte é claro, que se cumpra a

⁶⁰⁹ COLEMAN, James Willian. *A elite do crime*. 5ª ed. Trad. Denise R. Sales. Barueri: Manole, 2002, p.117-118. Em sentido similar, inclusive citando os mesmos trechos das obras de FELDENS e COLEMAN, cf. SALGADO, Daniel de Resende. *A elite do crime: discurso de resistência e laxismo penal*. In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (orgs.). *Garantismo Penal Integral*. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2013, p.57-76. Corroborando a maior gravidade dos crimes da elite em face da “criminalidade de rua” nos Estados Unidos, e sua menor punição comparativa, com bases em estatísticas, cf. REIMAN, Jeffrey; LEIGHTON, Paul. *The rich get richer and the poor get prison*. 11ª ed. New York/London: Routledge, 2017, p.64-163.

⁶¹⁰ Em sentido contrário, cf. NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena*. 7ªed. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2015, p.279-280.

⁶¹¹ Sustentando a necessidade de prioridade política e de cobrança da sociedade para que sejam fornecidos recursos para a prisão, com vistas a cumprir o programa legal, cf. NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena*. 7ªed. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2015, p.268-270; BOSCHI, José Antonio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 7ªed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p.139.

Lei de Execução Penal, nas suas previsões com relação à ocupação e estrutura mínima das penitenciárias. Os gastos com o sistema carcerário não podem ser vistos como “supérfluos”, já que é dever do Estado fazer valer suas leis, sobretudo quando isso implique respeito mínimo aos direitos fundamentais.⁶¹²

Aliás, a quase completa ausência de pessoas pertencentes aos estratos mais privilegiados da sociedade nas prisões pode ser considerada um motivo para a completa falta de comprometimento político em sanar os problemas da crise carcerária. É muito mais fácil para o estamento político e as classes mais abastadas em geral aceitarem uma prisão desumana na quase certeza de que nunca nenhuma pessoa “de seu nível” irá para uma delas. A simples situação de ver seus “iguais” como possíveis presos pode servir como incentivo para uma punição menos desumana.

Já com relação à pena prioritária ou exclusivamente pecuniária⁶¹³, destaca-se a sua completa inadequação político-criminal no caso de criminalidade do “colarinho branco” e de grande corrupção⁶¹⁴. Essa é, na verdade, mais uma manifestação da resistência à fixação da prisão para quem não segue o estereótipo criminal.⁶¹⁵

De fato, além da desproporcionalidade de não se fixar uma pena de prisão efetiva em um caso grave de criminalidade contra a coletividade, enquanto se fixa, corretamente, uma pena de prisão para um caso de roubo, mesmo de valor módico e sem

⁶¹² “É verdade que o país ganharia se gastasse mais com educação.” “Mas não é verdade que devemos depreciar os gastos com o sistema penal, porque essa atitude impede o respeito do Estado à LEP.” “Um Estado que desrespeita a lei comete crime.” “Em o fazendo, estimula a violência dos presos.” “Quando explode a barbárie de rebeliões e atentados, o Estado tende a trocar a firme ação legal pela vendeta.” “Quando isso acontece, a espiral de violência se retroalimenta e o crime acaba vencendo, na medida em que o Estado renuncia ao Direito e imita seus inimigos.” (SOARES, Luiz Eduardo. *Segurança tem saída*. Rio de Janeiro: Sextante, 2006, p.96).

⁶¹³ Sustentando que em crimes contra a ordem tributária e econômica, a pena pecuniária seria a mais adequada, cf. GALVÃO, Fernando. *Aplicação da pena*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p.121 (ressalva-se que o autor não faz menção ao vulto do crime tributário e econômico, referindo-se a esse tipo de crime em geral).

⁶¹⁴ Fazendo referência ao “mito da eficácia das penas pecuniárias e das penas restritivas de direitos como forma de prevenção e repressão eficaz dos delitos econômicos”, modalidade de crime de “colarinho branco”, cf. FISCHER, Douglas. *Delinquência Econômica e Estado Social e Democrático de Direito*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006, p.153-165. Também sustentando a pertinência de privação efetiva de liberdade nos casos de “criminalidade do colarinho branco”, cf. KREMPEL, Luciana Rodrigues. *O crime de colarinho branco: aplicação e eficácia da pena privativa de liberdade*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: RT, nº 54, maio-junho de 2005, p.93-125.

⁶¹⁵ Não se olvida da importância da pena pecuniária cumulativa, geralmente e corretamente prevista em crimes em que o agente visa ao lucro, que pode atuar conjuntamente com a pena privativa de liberdade em casos graves.

grande violência, pondera-se que a pena pecuniária é a que mais facilmente o criminoso do “colarinho branco” e o político corrupto podem se precaver.

Um grande empresário ou político corrupto geralmente tem meios de blindar, esconder e proteger sua fortuna, por meio de interpostas pessoas (conhecidos vulgarmente como “laranjas”) e de sofisticadas manobras contábeis, incluindo paraísos fiscais.

Mesmo que se desenvolvam meios para alcançar os bens de tais pessoas, é certo que para uma pessoa que atua na economia de mercado, ganhar ou perder dinheiro faz parte do risco da profissão, sendo certo que a perspectiva de perder dinheiro ou mesmo ficar “pobre” é visto como algo possível para uma pessoa de negócios (no que se inclui o agente público corrupto, que não passa de um homem de negócios escusos, com fins econômicos e/ou políticos), não havendo intimidação suficiente em uma pena pecuniária. Aliás, por meio de seus contatos e familiares, é praticamente impossível que alguém rico e bem relacionado fique, realmente, na miséria.

Agora, mesmo uma chance pequena de ser preso possui fator intimidatório relevante, cabendo, aliás, a um sistema contrasseletivo aumentar essas chances, baseado na gravidade das condutas praticadas. Em outras palavras, sem a chance de ser efetivamente preso, o crime é racionalmente justificado pelo criminoso do “colarinho branco” e pelo agente público corrupto. Cabe a um sistema penal contrasseletivo se opor a essa situação, sustentando contra-motivações mais incisivas, como a prisão, para evitar que o cálculo racional de delinquir seja tão vantajoso na hipótese de uma criminalidade que se caracteriza pelo pragmatismo e racionalidade.⁶¹⁶ Nesse sentido, sustenta DOUGLAS FISCHER:

Assim, talvez de modo pouco diferencial em relação aos delinquentes tradicionais, parece mais aceitável o modelo de *homo oeconomicus* para a delinquência que ora se analisa, na medida em que, pela natureza da prática

⁶¹⁶ Sobre a teoria da decisão racional aplicada aos crimes do colarinho branco, com diversas referências, cf. MATTOS, Diogo Castor de. *O amigo do direito penal: por que nosso sistema favorece a impunidade dos criminosos de colarinho branco*. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2018, p.37-45; FIGUEIREDO, Guilherme Gouvêa de. *Crimes de colarinho branco, seletividade sistêmica e modelo sancionatório à luz da análise econômica do direito penal*. In: Revista de Estudos Criminais, Porto Alegre, v. 12, n. 52, janeiro-março de 2014, p.187-214; LILLY, Robert; CULLEN, Francis; BALL, Richard. *Criminological Theory: Context and Consequences*. 6ªed. Los Angeles: SAGE, 2015, p.311-312. Para uma sólida aproximação ao tema da eficiência do direito penal e do autor do crime como agente racional, cf. SILVA SANCHES, Jesus Maria. *Eficiência e Direito Penal*. Trad. Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2004, *passim*.

criminosa, exercite cálculo utilitarista dos custos e benefícios de suas práticas em face de eventuais consequências que possa sofrer acaso descoberto e punido.

Tem-se que delinquentes dessa natureza, via de regra *homens honrados*, são aqueles que mais temem sofrer as penas jurídico-criminais (especialmente contra suas liberdades), malgrado confiem que suas ações delituosas não serão descobertas, que serão absolvidos ou conseguirão obter a suspensão condicional da pena ou a liberdade condicional, no máximo outra similar que implique, de fato, liberar-se do cumprimento de pena que lhes traga qualquer estigmatização.

Não só já previstas cumulativamente às penas privativas de liberdade (como regra geral) nos delitos econômicos, as penas de multa (isoladamente) ou então a substituição das privativas de liberdade por restritivas de direitos, como princípio, não são eficazes, visto que implicam, pensa-se, verdadeiro estímulo à prática delitiva.⁶¹⁷

Nota-se, por oportuno, que não se está a justificar que em todo caso de corrupção ou de crimes empresariais deva ser fixada a pena de prisão efetiva. Em casos de pequeno vulto, são adequadas penas alternativas, valendo-se de uma lógica que deve ser aplicada a qualquer tipo de crime: se grave, deve ser aplicada prisão efetiva, não importando o tipo de delito, se de “colarinho branco” ou da criminalidade comum. Ressalva-se apenas que os crimes da elite frequentemente são graves, até mais do que o tipo de criminalidade que leva as classes sociais mais desfavorecidas para a cadeia, sendo necessária a privação efetiva de liberdade nesses casos graves, como medida contrasseletiva.

Finalmente, cabem algumas observações sobre *outro tipo de criminalidade*, diametralmente oposta a até então estudada, qual seja, aquela referente a *autores de pequenos crimes patrimoniais*, não aptos à incidência do princípio da insignificância que, por vezes, são sujeitos a penas efetivas de prisão devido à reiteração criminosa, mesmo que tal pena, para o delito praticado, seja claramente desproporcional.

Não se está falando aqui dos criminosos que fazem da subtração o seu modo de vida, mas sim daqueles autores que, devido à miséria extrema e à falta de colocação profissional, vêm a praticar mais de um crime patrimonial de escassa gravidade e sem

⁶¹⁷ FISCHER, Douglas. *Delinquência Econômica e Estado Social e Democrático de Direito*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006, p.157.

violência, estando sujeito à pena de prisão efetiva, até mesmo porque o Código Penal veda a substituição da prisão por penas restritivas de direitos no caso de reincidência específica no mesmo crime doloso (nova infração do mesmo dispositivo legal, no caso de crime doloso).⁶¹⁸

Destaca-se que a situação de miserabilidade extrema, muitas vezes, é gerada por “um fator conjuntural externo, que passa longe de ser solucionado pela imposição indiscriminada da privação de liberdade.”⁶¹⁹ Assim, seguindo os próprios termos da lei, que prevê ser possível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva(s) de direitos, mesmo quando o autor for reincidente, contanto que a medida seja “socialmente recomendável” (artigo 44, parágrafo 3º do Código Penal), pondera-se ser totalmente recomendável a substituição, mesmo quando a reincidência for específica, em casos de pequeno vulto e vinculados à pobreza do agente, já que a prisão só tende a agravar a situação de exclusão social, fator criminógeno claro desse tipo de criminalidade. Resta apenas abordar a viabilidade jurídica de se excetuar a proibição de substituição nos casos de reincidência específica, prevista no mesmo dispositivo mencionado.

Primeiramente, pondera-se não fazer sentido algum a diferenciação entre reincidência genérica e específica, existente na antiga redação da Parte Geral do Código Penal⁶²⁰ e que foi afastada com a vigência da nova redação da Parte Geral de 1984. Tal diferenciação foi trazida de volta ao ordenamento jurídico brasileiro pela Lei nº 9.714/98 que aumentou a abrangência da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva(s) de direitos, mas vedou a substituição na hipótese de reincidência específica. No entanto, tal

⁶¹⁸ Artigo 44, inciso II e parágrafo 3º do Código Penal. Observa-se que a maior parte da doutrina não se opõe, ao menos expressamente, ao caráter peremptório dessa vedação legal. Cf., exemplificativamente: BARREIROS, Yvana Savedra de Andrade. *Individualização da pena: um desafio permanente*. Curitiba: Juruá, 2009, p.186; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral*. V.1. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p.679; GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 18ª ed. Niterói: Impetus, 2016, p.653; PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral*. V.1. 3ª ed. São Paulo: RT, 2002, p.494; ROSSETO, Enio Luiz. *Teoria e aplicação da pena*. São Paulo: Atlas, 2014, p.200.

⁶¹⁹ BUSATO, Paulo César. *Direito Penal: Parte Geral*. V.1. 3ª ed. São Paulo Gen/Atlas, 2017, p. 913.

⁶²⁰ A reincidência específica, na redação original do Código Penal de 1940, era mais ampla que a atual, já que não se restringia à prática do “mesmo crime”, ou seja, à incidência no mesmo tipo penal (p. ex. furto e furto, mas não furto e apropriação indébita), como na redação vigente (artigo 44, parágrafo 3º), e sim à prática de “crimes da mesma natureza”, considerados esses “os previstos no mesmo dispositivo legal, bem como os que, embora previstos em dispositivos diversos, apresentam, pelos fatos que os constituem ou por seus motivos determinantes, caracteres fundamentais comuns” (artigo 46, inciso II e parágrafo 2º da redação original do Código Penal).

vedação não se sustenta juridicamente⁶²¹, já que pode gerar hipóteses claramente injustas e desproporcionais, por exemplo, no caso de dupla incidência de crimes de escassa gravidade (por exemplo, duas injúrias), onde uma pena de prisão efetiva seria claramente desproporcional à gravidade do segundo crime praticado. E mais, enquanto alguém que pratique dois crimes relativamente menos graves, por exemplo, dois furtos simples, não pode ser beneficiado pela substituição, outro alguém que pratique dois crimes, sem violência, relativamente mais graves, só que diferentes, por exemplo, um peculato e uma falsificação de documentos públicos, pode ser, em tese, beneficiado pela substituição por pena(s) restritivas de direitos, o que é claramente desproporcional, pois implica um tratamento mais gravoso para uma hipótese menos grave.⁶²²

Ademais, no regramento atual, hipóteses similares têm tratamento diverso, por exemplo, o autor de um furto, condenado anteriormente por estelionato, pode ser beneficiado pela substituição da pena privativa de liberdade, enquanto que o autor de dois furtos não, o que não se justifica, já que ambos os autores hipotéticos violaram duas vezes o patrimônio alheio, sem uso de violência, sendo razoável um tratamento análogo, em respeito ao princípio da igualdade (tratamento similar a casos similares).

Já sob um enfoque contrasseletivo, pode ser invocado o princípio da igualdade sob um outro aspecto. Se houver uma clara relação entre a situação de miserabilidade e a reincidência em crime patrimonial de pequeno vulto (por exemplo, dois furtos), em hipótese que tangencia o estado de necessidade ou a inexigibilidade de conduta diversa, parece razoável um tratamento diferenciado, como forma de equilíbrio de tratamento entre pessoas em situações diferentes (em estado de miserabilidade econômica ou não), em respeito ao princípio da igualdade.

Em outras palavras, justifica-se um tratamento mais brando de um autor que reincida no mesmo tipo penal, baseando a menor reprovabilidade de sua conduta nos motivos subjacentes a ela, no caso, aplacar a particular situação de vulnerabilidade social em que se encontra. Trata-se da mesma lógica exposta acima quando da abordagem do uso

⁶²¹ Em sentido análogo, cf. REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de Direito Penal: Parte Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.377-378. Sustentando o caráter não absoluto da vedação de substituição no caso de reincidente específico, cf. QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal: Parte Geral*. V.1. 13ª ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p.531.

⁶²² BUSATO, Paulo César. *Direito Penal: Parte Geral*. V.1. 3ª ed. São Paulo Gen/Atlas, 2017, p.913.

contrasseletivo do vetor “motivos do crime” na hipótese de miserabilidade do agente motivando o crime, à qual se reporta.⁶²³ A solução contrasseletiva, no caso, é se admitir a excepcional aplicação de penas restritivas de direitos, mesmo no caso de reincidência específica, na hipótese em que a reiteração for em crime patrimonial de pequeno vulto, vinculado à miserabilidade extrema do agente.

⁶²³ Cf. tópico 5.1.3. supra.

CONCLUSÕES

O presente trabalho se estruturou no sentido de identificar a seletividade do sistema penal brasileiro e, sob um contexto de legitimação desse sistema, no âmbito do Estado Democrático de Direito, propor medidas contrasseletivas, com enfoque no momento da aplicação da pena. Do trabalho, é possível listar as seguintes conclusões:

1) É importante uma delimitação clara do conceito de seletividade no âmbito jurídico, para esclarecer em quais situações a seletividade se manifesta e para que se possa ter fundamentação sólida para se contrapor juridicamente em face dela. Para tanto, foi proposto o conceito de seletividade como diferenciação arbitrária, constitucionalmente inadmissível por afronta ao princípio da igualdade.

2) A seletividade constatada nas etapas de criminalização foi confirmada pelo estudo dos dados empíricos da criminalização no Brasil, que comprovam o viés do sistema penal, normalmente voltado à criminalidade majoritariamente praticada por integrantes das classes socialmente mais vulneráveis.

3) Diversos discursos de política criminal, com amplo alcance, tanto no âmbito acadêmico quanto no contexto de políticas públicas, parecem não fornecer instrumental efetivo para diminuir a seletividade do sistema penal. Pelo contrário, as vertentes teóricas do “garantismo penal”, “teoria agnóstica da pena”, “expansão e contenção do direito penal”, “lei e ordem”, “janelas quebradas”, “tolerância zero” e “política criminal atuarial”, em menor ou maior grau, tendem a aumentar a seletividade do sistema penal.

4) No estudo do sistema de penas brasileiro, com enfoque no âmbito da teoria da determinação da pena, destaca-se como a discricionariedade e a subjetividade do julgador nessa seara potencializam a seletividade do sistema penal.

5) É notável a ligação da seletividade no cálculo de pena com os conceitos de direito penal do autor e de periculosidade de imputáveis, ambos herança do positivismo criminológico, que são catalisadores importantes da seletividade do sistema penal.

6) Com vistas a não se restringir à denúncia da seletividade do sistema penal, é necessária a proposta de mecanismos dogmáticos aptos a reduzir a seletividade constatada.

Nesse contexto, é fundamental a proposta de medidas contrasseletivas, determinando-se o seu conceito e funcionamento no âmbito da dogmática jurídica.

7) Essas medidas se inserem no âmbito de (re)legitimação do sistema penal em um sistema democrático, podendo ser definidas como instrumental dogmático e político-criminal, com objetivo de reduzir o impacto da seletividade no âmbito do direito penal e processual penal, por meio da identificação dos catalisadores legais que permitem a seletividade e proposta de interpretação de tais catalisadores de modo a afastar a diferenciação arbitrária da aplicação prática, quando possível tal interpretação; se não for possível tal interpretação juridicamente viável, deve ser sustentada a inconstitucionalidade de tais dispositivos legais catalisadores da seletividade, por afronta ao princípio da igualdade.

8) Sustenta-se como medida contrasseletiva básica aplicável a todas as áreas do direito penal, a maior efetivação possível do direito penal do fato, em detrimento do direito penal do autor.

9) Destacam-se três parâmetros contrasseletivos aplicáveis à teoria da pena em geral, com especial destaque ao cálculo de pena:

a) a pena só pode ser aumentada ou diminuída por razões objetivamente aferíveis, de maneira a diminuir o subjetivismo no cálculo da pena;

b) é necessário limitar e orientar o intérprete para que suas convicções pessoais não deem vazão a vieses juridicamente inaceitáveis; e

c) deve ser afastado do cálculo de pena qualquer juízo de valor baseado na ressocialização.

10) Focando-se no cálculo da pena, verifica-se a essencialidade da propositura de medidas contrasseletivas específicas, tanto no âmbito do montante da pena a ser fixada, com ênfase nas circunstâncias judiciais, quanto no tocante à modalidade de pena a ser fixada, com ênfase na imposição ou não de prisão efetiva (prisão em regime fechado ou semiaberto). Isso se justifica na medida em que deve ser dado destaque aos elementos do cálculo de pena mais sujeitos à abertura interpretativa e, logo, a eventuais diferenciações arbitrárias, configuradoras de seletividade.

11) Com relação à análise do cálculo de pena propriamente dito, as medidas contrasseletivas em espécie podem ser resumidas em oito tópicos:

a) delimitação da culpabilidade no cálculo de pena, com base no ordenamento jurídico brasileiro, fundamentando o teto da pena na medida da culpabilidade em sua acepção constitucional, ou seja, a pena não pode exceder o montante da responsabilidade individual pelo fato praticado pelo indivíduo por motivos preventivos. Ademais, a influência da culpabilidade na graduação da pena deve ser baseada nos elementos graduáveis da culpabilidade na teoria do delito, que possuem referência legal (imputabilidade, consciência potencial de ilicitude e exigibilidade de conduta diversa);

b) afastamento dos vetores “personalidade” e “conduta social” do cálculo da pena, considerados inconstitucionais, por conta do embasamento moralista e atécnico de tais circunstâncias, por elas constituírem clara manifestação do direito penal do autor e pela enorme abertura interpretativa de tais vetores, o que normalmente dá margem a vieses juridicamente inaceitáveis do aplicador da lei, o que configura seletividade;

c) limitação das circunstâncias subjetivas “antecedentes” e “motivos do crime”, com objetivo de afastar inconstitucionalidades e decisionismos no momento da aplicação da pena, mas considerando que tais circunstâncias podem ser úteis para a individualização da sanção se submetidas a restrições e orientações contrasseletivas;

d) valorização das circunstâncias objetivas “circunstâncias” e “consequências do crime”, por serem elas menos sujeitas a decisionismos e por constituírem as mais adequadas à efetivação do direito penal do fato no âmbito do cálculo de pena, constituindo instrumental valioso na efetivação de um cálculo de pena menos seletivo, na medida em que justificam a punição mais gravosa de condutas normalmente praticadas pelas parcelas mais privilegiadas da sociedade, mas sem descambarar para uma perseguição de tais parcelas, pois tais condutas seriam punidas mais gravemente apenas e na medida em que fossem objetivamente mais graves do que aquelas normalmente praticadas pelas camadas mais vulneráveis, o que é o que normalmente ocorre na prática dos crimes sem violência à pessoa;

e) interpretação da circunstância “comportamento da vítima”, afastando de seu conteúdo qualquer juízo de valor moralista;

f) delimitação do montante do aumento e da diminuição nas primeira e segunda fases do cálculo, da maneira mais objetiva possível, evitando-se decionismos aptos a gerar seletividade, mas com abertura suficiente para justificar diferenciações baseadas em aspectos objetivos e constitucionalmente adequados;

g) definição de que a imposição de efetiva privação de liberdade ao condenado deve se basear, prioritariamente, na gravidade social e jurídica da conduta praticada e não nas peculiaridades do agente, sobretudo no caso de crimes de “colarinho branco” e de grandes crimes contra a administração pública; e

h) no caso de autores de crimes patrimoniais de pequena monta, em situação de miserabilidade extrema, deve ser considerada a hipótese de substituição da pena de prisão por restritivas de direitos mesmo nos casos em que a lei não autorize, com base no princípio da proporcionalidade entre o crime e a pena e no princípio da igualdade.

12) Finaliza-se afirmando que a questão da seletividade deve ser levada em consideração por qualquer orientação criminológica, sob pena dela se distanciar do real funcionamento do sistema criminal, e não pode ser ignorada pelo estudioso do direito penal, do contrário esse limitará o seu estudo a um tecnicismo desvinculado da realidade.

Embora existam respostas doutrinárias à seletividade sustentando a deslegitimação ou extrema contenção do sistema penal, no presente trabalho foi oferecida uma proposta diferente para lidar com a seletividade, sob o pressuposto da legitimidade do sistema punitivo inserido em um Estado Democrático de Direito. Essa proposta tem como objetivo equilibrar a necessidade de um sistema penal em nossa sociedade e a busca por uma maior igualdade na incriminação de condutas e na punição de pessoas, sempre respeitando seus direitos individuais.

BIBLIOGRAFIA

ABBGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. Trad. Alfredo Bosi e Ivone Castilho Benedetti. 6ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

ADORNO, Sérgio. *Crime, justiça penal e desigualdade jurídica: as mortes que se conta no tribunal do júri*. In: Revista USP, nº 21, 1994.

AGNEW, Robert. *Toward a unified criminology: integrating assumptions about crime, people and society*. New York/London: New York University Press, 2011.

AGUIAR FILHO, Oliveiros Guanais de. *Igualdade, sistema penal e criminalidade de poder*. In: SCHIMITT, Ricardo Augusto (org.). *Princípios Penais Constitucionais*. Salvador: JusPodivm, 2007.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Aplicação da pena*. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria Advogado, 2013.

AKERS, Ronald L.; SELLERS, CHRISTINE S.; JENNINGS, Wesley G. *Criminological Theories: Introduction, Evaluation, & Application*. 7ª Ed. New York/Oxford: Oxford University Press, 2017.

ALBRECHT, Peter-Alexis. *Criminologia: Uma Fundamentação para o Direito Penal*. Trad. Juarez Cirino dos Santos e Helena Schiessl Cardoso. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ALCÁCER GUIRAO, Rafael. *Los fines del derecho penal: una aproximación desde la filosofía política*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004.

ALEXANDER, Michelle. *The New Jim Crow: Mass Incarceration in the Age of Colorblindness*. New York: The New Press, 2012.

ALMEIDA, Alberto Carlos. *A Cabeça do Brasileiro*. Rio de Janeiro: Record, 2007.

ALMEIDA, Débora de Souza. *Reincidência Criminal: reflexões dogmáticas e criminológicas*. Curitiba: Juruá, 2012.

ALMEIDA, Fernanda Afonso. *Proteção penal do patrimônio e sonegação fiscal: uma abordagem à luz da teoria crítica*. Dissertação de Mestrado: Universidade de São Paulo, 2012.

ALVIM, Rui Carlos Machado. *Uma Pequena História das Medidas de Segurança*. São Paulo: IBCCRIM, 1997.

AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de. *Seletividade da norma penal e o uso indevido do Princípio da Insignificância*. In: BASTOS, Marcelo Lessa; AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de (orgs.) *Tributo a Afrânio Silva Jardim: escritos e estudos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão da segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

ANITUA, Gabriel Ignacio. *Histórias dos pensamentos criminológicos*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

ANJOS, Fernando Vernice dos. *Câmeras em viaturas aumentariam transparência e reduziriam prisões por tráfico*. In: <http://www.conjur.com.br/2017-mar-04/fernando-anjos-cameras-viaturas-reduziriam-prises-traffic>, acesso em 09 de janeiro de 2019.

ANJOS, Fernando Vernice. *Execução Penal e Ressocialização*. Curitiba: Juruá, 2018.

ANJOS, Fernando Vernice dos. *Teses Criminais para o Ministério Público*. São Paulo: APMP, 2018.

AQUINO, Maria Paula Meirelles Thomaz de. *O pensamento de Enrico Ferri e sua herança na aplicação do Direito Penal no Brasil contemporâneo*. In: http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=27, consulta em 29 de abril de 2019.

ARAÚJO, Marcelo Cunha de. *Só é preso quem quer: Bastidores do Sistema de Punição Seletiva*. Niterói: Impetus, 2012.

AVALOS RODRÍGUEZ, Constante Carlos. *Breves apuntes sobre la determinación judicial de la pena*. In: AVALOS RODRÍGUEZ, Constante Carlos; QUISPE

VILLANUEVA, Alejandro Emilio (coords.). *Dogmática penal del tercer milenio: libro homenaje a los profesores Eugenio Raúl Zaffaroni y Klaus Tiedemann*. Lima: Ara, 2008.

BACILA, Carlos Roberto. *Criminologia e estigmas: um estudo sobre os preconceitos*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Crime Organizado e Proibição de Insuficiência*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BARAK, Gregg. *Crime, Criminology, and Human Rights: Toward an Understanding of State Criminality*. In: BARAK, Gregg (ed.). *Varieties of Criminology: Readings from a dynamic discipline*. Westport: Praeger, 1994.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica ao Direito Penal*, 2ªed. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.

BARREIROS, Yvana Savedra de Andrade. *Individualização da pena: um desafio permanente*. Curitiba: Juruá, 2009.

BARRETO, Tobias. *Estudos de Direitos*. Campinas: Bookseller, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BECKER, Horward. *Outsiders: estudos de sociologia do desvio*. Trad. Maria Luzia X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2009.

BEDÊ JÚNIOR, Américo. *Contra a dosimetria baseada no autor ou no modo de vida: dosimetria da pena pelo fato: Procusto e segurança jurídica*. In: BEDÊ JÚNIOR, Américo; CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós (coords.). *Sentença criminal e aplicação da pena: ensaios sobre discricionariedade, individualização e proporcionalidade*. Salvador: Juspodivm, 2017.

BEDÊ JÚNIOR, Américo; SENNA, Gustavo. *Garantismo e (des)lealdade procesual*. In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (orgs.). *Garantismo Penal Integral*. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2013.

BELESTÁ SEGURA, Luis. *El artículo 66 del nuevo código penal y el arbitrio judicial*. In: *Actualidad Penal*, Madrid, v. 3, n. 35, set. 2002.

BELLO, Enzo. *Perspectivas para o Direito Penal e para um Ministério Público Republicano*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BEM, Leonardo Schimitt de. *Antigas teses e novo argumento sobre a reincidência penal*. In: BEDÊ JÚNIOR, Américo; CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós (coords.). *Sentença criminal e aplicação da pena: ensaios sobre discricionariedade, individualização e proporcionalidade*. Salvador: Juspodivm, 2017.

BERISTAIN, Antonio. *Derecho Penal, Criminología y Victimologia*. Curitiba: Juruá, 2011.

BERNARDES, Helton Fonseca. *Estratégias Punitivas e Legitimação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.

BIANCHINI, Alice. *A seletividade do controle penal*. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: RT, nº 30, abril-junho de 2000.

BICUDO, Tatiana Viggiani. *Porque Punir? Teoria Geral da Pena*. São Paulo: Saraiva, 2010.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral*. V.1. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BOSCHI, José Antonio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 7ªed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

BOSCHI, José Antonio Paganella. *Individualização e aplicação das penas*. In: BEDÊ JÚNIOR, Américo; CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós (coords.). *Sentença criminal e aplicação da pena: ensaios sobre discricionariedade, individualização e proporcionalidade*. Salvador: Juspodivm, 2017.

BOTTINO, Thiago; OLIVEIRA, Eduardo. *Seletividade do sistema penal nos crimes contra o mercado de capitais*. In: BOTTINO, Thiago; MALAN, Diogo (Coord.). *Direito penal e economia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

BRAITHWAITE, John; BRAITHWAITE, Valerie; AHMED, Eliza. *Reintegrative Shame*. In: LANIER, Mark M.; HENRY, Stuart (ed.). *The Essential Criminology Reader*. Colorado: Westview, 2006.

BRITO, Alexis Couto de. *Execução Penal*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2011.

BRUNO, Aníbal. *Das penas*. Rio de Janeiro: Rio, 1976.

BURKE, Anderson. *Os critérios matemáticos de quantificação da pena-base: ausência previsão legal e possível insegurança jurídica*. In: BEDÊ JÚNIOR, Américo; CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós (coords.). *Sentença criminal e aplicação da pena: ensaios sobre discricionariedade, individualização e proporcionalidade*. Salvador: Juspodivm, 2017.

BUSATO, Paulo César. *Direito Penal: Parte Geral*. V.1. 3ª ed. São Paulo Gen/Atlas, 2017.

BUSATO, Paulo César. *Fundamentos para um Direito Penal Democrático*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

BUSATO, Paulo César (coord.); CARUNCHO, Alexei Choi (org.). *Teoria da Pena: série Direito Penal baseado em casos*. Curitiba: Juruá, 2014.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *As estatísticas criminais sob um enfoque criminológico crítico*. In: Boletim IBCCRIM. n. 124, v. 11, 2003.

CABRAL, Antonio de Passos. *Nulidades no processo penal: entre garantismo, instrumentalidade e boa fé: a validade prima facie dos atos processuais*. In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (orgs.). *Garantismo Penal Integral*. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2013.

CALABRICH, Bruno. *Pequenos mitos sobre a investigação criminal no Brasil*. In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (orgs.). *Garantismo Penal Integral*. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2013.

CALLEGARI, André Luis; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. *Sistema Penal e Política Criminal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

CAMADRO, Jorgelina. *Sobre la "peligrosidad" bajo un ropaje de "culpabilidad" en la determinación de la pena*. In: Anuario de derecho penal 2010-2011. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2012.

CAMARGO, Antonio Luis. *Culpabilidade e Reprovação Penal*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1994.

CAMARGO, Antonio Luis Chaves. *Imputação Objetiva e Direito Penal Brasileiro*. São Paulo: Cultural Paulista, 2002

CAMARGO, Antonio Luis. *Sistema de Penas, Dogmática Jurídico-Penal e Política Criminal*. São Paulo: Cultural Paulista, 2002.

CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. *Discricionariade judicial e sistemas de aplicação da pena: reflexões a partir dos modelos de sentencing guidelines norteamericano e inglês*. In: BEDÊ JÚNIOR, Américo; CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós (coords.). *Sentença criminal e aplicação da pena: ensaios sobre discricionariade, individualização e proporcionalidade*. Salvador: Juspodivm, 2017.

CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós; FRITSCH, Laura. *Justificando e reestruturando o aumento da pena base decorrente do passado criminoso*. In: BEDÊ JÚNIOR, Américo; CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós (coords.). *Sentença criminal e aplicação da pena: ensaios sobre discricionariade, individualização e proporcionalidade*. Salvador: Juspodivm, 2017.

CAMPOS, Marcelo da Silveira. *Crime e Congresso Nacional: uma análise da Política Criminal aprovada de 1989 a 2006*. São Paulo: IBCCRIM, 2010.

CANOTILHO, José Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARUSO FONTÁN, María Viviana. *El delincuente imputable y peligroso: Cuestiones de Política Criminal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014.

CARVALHO, Fernanda Moura de. *A (des)legitimação do sistema penal e a criminalidade grave*. In: Revista da ESMAPE, Recife, v. 12, n. 25, janeiro-junho de 2007.

CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 24ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018.

CARVALHO, Salo de. *Crítérios para cálculo da pena-base: ponto de partida, termo médio e regras de quantificação*. In: BEDÊ JÚNIOR, Américo; CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós (coords.). *Sentença criminal e aplicação da pena: ensaios sobre discricionariedade, individualização e proporcionalidade*. Salvador: Juspodivm, 2017.

CARVALHO, Salo de. *Pena e Garantias*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CASTILHO, Ela Wiecko de. *O controle penal nos crimes contra o sistema financeiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

CASTRO, Lola Aniyar de. *El proceso de criminalización*. In: Capítulo Criminológico, nº1, 1973.

CERVINI, Raúl. *A cifra negra da criminalidade oculta*. Trad. José Henrique Pierangelli e Maria Alice Andrade Leonardi. In: FRANCO, Alberto Silva; NUCCI, Guilherme de Souza (orgs.). *Doutrinas Essenciais Direito Penal*. V.1. São Paulo: RT, 2011.

CERVINI, Raul. *Macrocriminalidad Económica: Apuntes para una aproximación metodología*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: RT, nº 11, julho-setembro de 1995.

CHAVES JÚNIOR, Aírto; OLDONI, Fabiano. *Para que(m) serve o Direito Penal? Uma análise da seletividade dos segmentos de controle social*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *Apontamentos sobre a cultura do sistema penal no momento de sua recodificação*. In: PINHO, Ana Cláudia Bastos de; DELUCHEY, Jean-François; GOMES, Marcus Alan de Melo (Coord.). *Tensões contemporâneas da repressão criminal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

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

CIPRIANI, Mário Luís Lírio. *Direito penal econômico e legitimação da intervenção estatal: algumas linhas para a limitação ou não-intervenção penal no domínio econômico à luz da função da pena e da política criminal*. In: D'ÁVILA, Fábio Roberto; SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de (coords.). *Direito penal secundário: estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões*. São Paulo: RT/Coimbra Editora, 2006.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *O direito e os direitos: elementos para uma crítica do direito contemporâneo*. 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2001.

COLEMAN, James Willian. *A elite do crime*. 5ª ed. Trad. Denise R. Sales. Barueri: Manole, 2002.

COSTA, Helena Regina Lobo da. *A dignidade Humana: Teorias de prevenção geral positiva*. São Paulo: RT, 2008.

COSTA, José de Faria. *O princípio da igualdade, o direito penal e a constituição*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 21, n. 100, janeiro-fevereiro de 2013.

COSTA, Yasmin Maria Rodrigues Madeira da. *O significado ideológico do sistema punitivo brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

COTTINO, Amedeo; SARZOTTI, Claudio; TIBALDI, Claudio. *Uguaglianza di fronte alla legge penale: una ricerca in pretura*. In: *Dei Delitti e Delle Pene: Rivista de Studi Sociali, Storici e Giuridici Sulla Questione Criminale*, Bologna, n. 2, maio de 1994.

CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano. *Discricionariedade e método de aplicação da lei penal*. In: BEDÊ JÚNIOR, Américo; CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós (coords.). *Sentença criminal e aplicação da pena: ensaios sobre discricionariedade, individualização e proporcionalidade*. Salvador: Juspodivm, 2017.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

CUSTODERO, Olindo. *Capacità a delinquere e commisurazione della pena: problemi ed orientamenti*. In: *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, v. 41, 1998.

DAMATTA, Roberto. *Carnavais, malandros e heróis: para uma sociologia do dilema brasileiro*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Rocco, 1997.

DAHRENDORF, Ralf. *Class and Class Conflict in Industrial Society*. London: Routledge & Kegan Paul, 1959.

DE GIORGI, Alessandro. *A miséria governada através do sistema penal*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

DECOIMAN, Pedro Roberto. *Código Penal Alemão: tradução, comparação e notas*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2014.

DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto; DELMANTO JÚNIOR, Roberto; DELMANTO, Fábio de Almeida. *Código Penal Comentado*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal Português: as consequências jurídicas do crime*. T.2. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Sobre o modelo de determinação da medida da pena*. In: *Notáveis do direito penal: livro em homenagem ao emérito Professor Doutor René Ariel Dotti*. Brasília: Consulex, 2006.

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia: O Homem Delinquente e a Sociedade Criminógena*. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

DIETER, Maurício Stegemann, *Política Criminal Atuarial: a criminologia do fim da história*. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *A Política Criminal na Encruzilhada*. Trad. André Luís Callegaria. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

DIMOULIS, Dimitri. *Da “política criminal” à política da igualdade*. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: RT, nº 29, janeiro-março de 2000.

DOLCINI, Emilio. *La disciplina della commisurazione della pena: spunti per una riforma*. In: *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, v. 24, 1981.

ELBERT, Carlos Alberto. *Novo Manual Básico de Criminologia*. Trad. Ney Fayet Júnior. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

EISENSTADTER, Werner; HENRY, Stuart. *Criminological Theory: an analysis of its underlying assumptions*. 2ª ed. Boulder: Rowman & Littlefield, 2006.

FALCÓN Y TELLA, María José; FALCÓN Y TELLA, Fernando. *Fundamento e Finalidade da Sanção*. Trad. Claudia de Miranda Avena. São Paulo: RT, 2008.

FAORO, Raymundo. *Os Donos do Poder: Formação do patronato político brasileiro*. 5ª ed. São Paulo: Globo, 2012.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *Individualización de la pena y teoría de la pena proporcional al hecho*. In: *Indret Revista para el análisis del derecho*. Barcelona, nº403, janeiro de 2007 (www.indret.com).

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *Retribución y prevención general: Um estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del Derecho Penal*. Montevideu/Buenos Aires: D de F, 2007.

FELDENS, Luciano. *Direitos Fundamentais e Direito Penal: a constituição penal*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FELDENS, Luciano. *Tutela penal de intereses difusos e crimes do colarinho branco: por uma relegitimação da atuação do Ministério Público*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. *Criminalità e globalizzazione*. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: RT, nº 42, janeiro-março de 2003.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. Trad. Ana Paula Zomer Sica et. al. 2ª ed. São Paulo: RT, 2006.

FERRARI, Eduardo Reale. *Medidas de Segurança e direito penal no estado democrático de direito*. São Paulo: RT, 2001.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 3ªed. São Paulo: Atlas, 2001.

FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos; NÚÑES PAZ, Miguel Angel; OLIVEIRA, William Terra; BRITO, Alexis de Couto. *Direito Penal Brasileiro: Parte Geral*. São Paulo, RT, 2011.

FERREIRA, Carolina Costa. *Discursos do sistema penal: a seletividade no julgamento dos crimes de furto, roubo e peculato nos Tribunais Regionais Federais do Brasil*. Curitiba: CRV, 2013.

FERREIRA, Gilberto. *Aplicação da pena*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

FERREIRA, Lúcio Alberto Enéas da Silva. *A punição dos pobres no Brasil*. In: Borges, Paulo César Corrêa (coord.). *O Princípio da igualdade na perspectiva penal: temas atuais*. São Paulo: Unesp, 2007.

FERRI, Enrico. *Princípios de Direito Criminal: o criminoso e o crime*. Trad. Luiz de Lemos D'Oliveira Campinas: Russel, 2009.

FIGUEIREDO, Guilherme Gouvêa de. *Crimes de colarinho branco, seletividade sistêmica e modelo sancionatório à luz da análise econômica do direito penal*. In: Revista de Estudos Criminais, Porto Alegre, v. 12, n. 52, janeiro-março de 2014.

FISCHER, Douglas. *Delinquência Econômica e Estado Social e Democrático de Direito*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006.

FISCHER, Douglas. *Em busca das penas perdidas: o caos decorrente de um sistema anacrônico de “precedentes-ementas”*. In: BEDÊ JÚNIOR, Américo; CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós (coords.). *Sentença criminal e aplicação da pena: ensaios sobre discricionariedade, individualização e proporcionalidade*. Salvador: Juspodivm, 2017.

FISCHER, Douglas. *O que é garantismo penal (integral)*. In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (orgs.). *Garantismo Penal Integral*. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2013.

FORTI, Gabrio. *Tra criminologia e diritto penale: brevi note su cifre nere e funzione general preventiva della pena*. In: *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, v. 25, 1982.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Ciência e Experiência do Direito Penal*. Apêndice da obra *Lições de Direito Penal: Parte Geral*. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal: Parte Geral*. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

FRANCO, Alberto Silva. *Crimes Hediondos*. 6ª ed. São Paulo: RT, 2007.

FRANCO, José Henrique Kaster. *Funções da pena e individualização*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

FREITAS, Vladimir Passos de. *Brasil avança no Ranking de piores sistemas de Justiça do mundo*. In: <https://www.conjur.com.br/2015-jun-14/segunda-leitura-brasil-avanca-ranking-piores-sistemas-justica-mundo>, consulta em 05/07/17.

GALVÃO, Fernando. *Aplicação da pena*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal*. V. I. T.II. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia*. 5ª ed. São Paulo: RT, 2006.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Tratado de Criminología*. 5ª ed. Valencia: Tirant lo Blach, 2014.

GARCÍAS PLANAS, Gabriel. *Aspectos de la medición de la pena*. In: *Cuadernos de política criminal*, Madrid, n. 33, 1987.

GIBBONS, Don C. *Talking about crime and criminals: Problems and issues in theory development in criminology*. New Jersey: Prentice Hall, 1994.

GIDDENS, Anthony. *Sociologia*. 6ª ed. Trad. Ronaldo Cataldo Costa. Porto Alegre: Penso, 2012.

GOFFMAN, Erving. *Estigma: Notas sobre a Manipulação da Identidade Deteriorada*. 4ª ed. Trad. Márcia Bandeira de Mello Leite Nunes. Rio de Janeiro: LTC, 1988.

GOFFMAN, Erving. *Manicômios, prisões e conventos*. Trad. Dante Moreira Leite. São Paulo: Perspectiva, 1996.

GOMES, Luiz Flávio. *Sobre a impunidade da macro-delinquência econômica desde a perspectiva criminológica da teoria da aprendizagem*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: RT, nº 11, julho-setembro de 1995.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *Direito Penal e Interpretação Jurisprudencial*. São Paulo: Atlas, 2008.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *Legítima defesa da honra*. In: REALE JÚNIOR, Miguel; PASCHOAL, Janaína (coords.). *Mulher e Direito Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal*. São Paulo: RT, 2003.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *Periculosidade no direito penal contemporâneo*. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BOTTINI, Pierpaolo Cruz; PACELLI, Eugênio. *Direito penal contemporâneo: questões controvertidas*. São Paulo: Saraiva, 2011.

GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. *Mandados expressos de criminalização e a proteção de direitos fundamentais na Constituição Brasileira de 1988*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

GRACIA MARTIN, Luis. *Prolegômenos para a luta pela modernização do direito penal e para a crítica do discurso de resistência*. Trad. Érica Mendes de Carvalho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 18ª ed. Niterói: Impetus, 2016.

GRECO, Rogério. *Direito Penal do Equilíbrio*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2017.

GROSNER, Marina Quezado. *A seletividade do sistema penal na jurisprudência no Superior Tribunal de Justiça: o trancamento da criminalização secundária por decisões em habeas corpus*. São Paulo: IBCCRIM, 2008.

GUILHERME, Lázaro Gonçalves Samuel. *Coculpabilidade penal: uma questão social*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

HAFFKE, Bernhard. *Reincidencia y medición de la pena*. In: SCHÜNEMANN, Bernd; SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales; estudios en honor de Claus Roxin en su 50º aniversario*. 2ª ed. Buenos Aires: B. de F., 2012.

HASSEMER, Winfried. *Introdução aos Fundamentos do Direito Penal*. Trad. Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.

HASSEMER, Winfried. *Linhas gerais de uma teoria pessoal do bem jurídico*. Trad. Fernanda Lara Tórtima. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (orgs.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?*. 2ªed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

HASSEMER, Winfried; MUÑOS CONDE, Francisco. *Introdução à Criminologia*. Trad. Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

HASSEMER, Winfried; MUÑOS CONDE, Francisco. *La responsabilidad por el producto en el derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1995.

HASSEMER, Winfried; NAUCKE, Wolfgang; LÜDERSSEN, Klaus. *Principais Problemas de la Prevención General*. Trad. Gustavo Eduardo Aboso e Tea Löw. Buenos Aires/Montevideú, B de F, 2004.

HEFENDEHL, Roland. *Uma teoria social do bem jurídico*. Trad. Luís Greco. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: RT, nº 87, novembro-dezembro de 2010.

HELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista*. Trad. Luiz Régis Prado. São Paulo: RT, 2001.

HESSE, Konrad. *Temas Fundamentais do Direito Constitucional*. Trad. Inocêncio Mártires Coelho et. al. São Paulo: Saraiva, 2009.

HIRSCH, Andrew von. *Censurar y castigar*. Trad. Elena Lurrari. Madrid: Trotta, 1998.

HÖRNLE, Tatjana. *La concepción anticuada de la culpabilidad en la jurisprudencia y doctrina tradicionales de la medición de la pena*. In: Anuario de derecho penal y ciencias penales, Madrid, v. 54, jan./dez. 2001.

HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernart de. *Penas Perdidas: O Sistema Penal em Questão*. Trad. Maria Lúcia Karam. Niterói: Luam, 1993.

HUNGRIA, Nelson. *Métodos e critérios para avaliação da cessação de periculosidade*. Apêndice de *Comentários ao Código Penal*. V.III. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

HUSAK, Douglas. *Sobrecriminalización: Los limites del Derecho penal*. Trad. Rocío Lorca Ferreccio. Madri: Marcial Pons, 2013.

JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. *Finalidades da Pena*. Barueri: Manole, 2004.

KARAM, Maria Lúcia. *De Crimes, penas e fantasias*. 2ª ed. Niterói: Luam, 1993.

KARAM, Maria Lúcia. *A esquerda punitiva*. In: <http://emporiododireito.com.br/backup/a-esquerda-punitiva-por-maria-lucia-karam/> acesso em 18/04/2018.

KREMPEL, Luciana Rodrigues. *O crime de colarinho branco: aplicação e eficácia da pena privativa de liberdade*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: RT, nº 54, maio-junho de 2005.

LAMARRE, Flavia A. *Determinación de la pena*. In: Revista de derecho penal y procesal penal, Buenos Aires, n. 9, set. 2010.

LANA, Cícero. *Tolerância zero: verdades e mentiras de uma política criminal*. In: GRECO, Alessandra Orcesi Pedro (org.). *Direito Penal Avançado: Homenagem ao Professor Dirceu de Mello*. Curitiba: Juruá, 2015.

LANIER, Mark M.; HENRY, Stuart; ANASTASIA, Desiré J. M. *Essential Criminology*. 4ª ed. Colorado: Westview, 2015.

LAURRARI, Elena. *Criminología Crítica: abolicismo y garantismo*. In: ADPCP, v.50, 1997.

LEA, John; Young, Jock. *¿Que hacer con La ley y el orden?* Trad. Martha B. Gil e Mariano A. Ciafardini. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2001.

LILLY, Robert; CULLEN, Francis; BALL, Richard. *Criminological Theory: Context and Consequences*. 6ªed. Los Angeles: SAGE, 2015.

LYRA, Roberto. *Comentários ao Código Penal*. V.II. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direitos Humanos e Tratamento Igualitário: questões de impunidade, dignidade e liberdade*. In: Revista Brasileira de Ciências Sociais, Vol.15, nº42, fevereiro de 2000.

LUIZI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.

MACHADO, Fábio Guedes de Paula. *Culpabilidade no Direito Penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis; RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Os Juízes de Direito e os caminhos da periculosidade no direito penal brasileiro: comentários ao relatório de pesquisa “Decisões judiciais nos crimes de roubo em São Paulo: a lei, o direito e a ideologia”*. São Paulo: IBCCrim / IDDD, 2005.

MAGARIÑOS, Mario. *La individualización de la pena: entre a culpabilidad y la periculosidad?*. In: Anuario de derecho penal 2010-2011. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2012.

MARINHO JÚNIOR, Inezil Penna. *Entre o utilitarismo reformado e o agnosticismo penal: uma crítica aos modelos de justificação da pena de prisão*. In: Revista Transdisciplinar de Ciências Penitenciárias, n.1, v.4, 2005.

MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da Pena*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

MARTINI, Márcia. *A seletividade punitiva como instrumento de controle das classes perigosas*. In: MPMG Jurídico: Revista do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, v. 3, n. 11, outubro-dezembro de 2007.

MARTINS, José de Souza. *Linchamentos: a justiça popular no Brasil*. São Paulo: Contexto, 2015.

MASSON, Cléber. *Código Penal Comentado*. São Paulo: Método, 2013.

MASSUD, Leonardo. *Da pena e sua fixação: finalidades, circunstâncias judiciais e apontamentos para o fim do mínimo legal*. São Paulo: DPJ, 2009.

MATTOS, Diogo Castor de. *O amigo do direito penal: por que nosso sistema favorece a impunidade dos criminosos de colarinho branco*. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2018.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MAZZILLI NETO, Ranieri. *Os Caminhos do Sistema Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

MELLIM FILHO, Oscar. *Criminalização e Seleção no Sistema Jurídico Penal*. São Paulo: IBCCRIM, 2010.

MELO, João Ozório de. *Licença para matar: Leis com efeitos indesejáveis preocupam americanos*. In: <https://www.conjur.com.br/2012-mai-28/leis-efeitos-colaterais-indesejaveis-preocupam-americanos>, consulta em 05/07/2018.

MELO, João Ozório de. *Lobby das armas: Lei que expandiu legítima defesa resultou em mais homicídios na Flórida*. In: <https://www.conjur.com.br/2016-nov-16/lei-expandiu-legitima-gerou-homicidios-florida>, consulta em 05/07/2018.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MENDES, Regina Lúcia Teixeira. *Igualdade à brasileira: cidadania como instituto jurídico no Brasil*. In: Revista de Estudos Criminais, Porto Alegre, v. 4, n. 13, 2004.

MENDONÇA, Andrey Borges de. *A reforma do Código de Processo Penal, sob a ótica do garantismo integral*. In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (orgs.). *Garantismo Penal Integral*. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2013.

MERTON, Robert K.. *Sociologia: Teoria e Estrutura*. Trad. Miguel Maillat. São Paulo: Mestre Jou, 1970.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal: Parte Geral*. 18 ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2015.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. *Direito Penal Racional*. Curitiba: Juruá, 2016.

MOTTA, André de Guasti. *Concurso de agravantes e atenuantes: uma análise sobre a preponderância à luz da jurisprudência do STJ*. In: BEDÊ JÚNIOR, Américo; CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós (coords.). *Sentença criminal e aplicação da pena: ensaios sobre discricionariedade, individualização e proporcionalidade*. Salvador: Juspodivm, 2017.

NEDER, Gizlene; CERQUEIRA FILHO, Gisálio. *Punir os pobres: óbvio ululante! Ou não? Sociologia crítica da "onda punitiva"*. In: BATISTA, Vera Malaguti de Souza Weglinski (Org.); LAMARÃO, Sérgio (Trad.). *Loïc Wacquant e a questão penal no capitalismo neoliberal*. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

NEPOMOCENO, Alessandro. *Além da Lei: A face oculta da sentença penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena*. 7ªed. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2015.

OSNA, Gustavo. *Three strikes and you are out - Encarceramento, seletividade e exclusão à luz da sistemática californiana*. Monografia de fim de curso: Universidade Federal do

Paraná, 2009. In:
<https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/47541/m1138%20pronto.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, consulta em 09/07/2017.

PAGLIARO, Antonio. *Commisurazione della pena e prevenzione generale*. In: Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, Milano, v. 24, 1981.

PASCHOAL, Luana. *O juiz e a aplicação da pena: análise doutrinária, jurisprudencial e deontológica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

PASELLA, Roberto. *Discrezionalità del giudice ed incidenza frazionaria delle circostanze sulla pena base*. In: Archivio Penale, Roma, v. 31, 1/12, jan./dez. 1975.

PASSETI, Edson (coord.); KARAM, Maria Lúcia; OLIVEIRA, Salette de; RODRIGUES, Thiago; BATISTA, Vera Malaguti; BATISTA, Nilo. *Curso Livre de Abolicionismo Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

PASTANA, Débora Regina. *Estado punitivo brasileiro na perspectiva da criminologia crítica*. In: BORGES, Paulo César Corrêa (Org.). *Leituras de um realismo jurídico-penal marginal: homenagem a Alessandro Baratta*. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2012.

PELELLA, Eduardo. *Sobre a prescrição nos crimes tributários: a actio nata e a prejudicial administrativa*. In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (orgs.). *Garantismo Penal Integral*. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2013.

PERALTA, José Milton. *Dogmática del hecho punible, principio de igualdad y justificación de segmentos de pena*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: RT, nº 82, janeiro-fevereiro de 2010.

PIERANGELI, José Henrique. *Códigos Penais do Brasil: Evolução histórica*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2004.

PINHEIRO, Érica Botrel Teixeira. *O problema da efetividade do direito penal: a subcidadania*. In: Cidadania e Justiça: revista do curso de direito de Ituiutaba, Ituiutaba, v. 7, n. 14, julho-dezembro de 2004.

PINHO, Ana Cláudia Bastos de. *Para Além do Garantismo: Uma proposta hermenêutica de controle da decisão Penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

PINHO, Ana Cláudia; COPETTI NETO, Alfredo. *Garantismo Integral: a “teoria” que só existe no Brasil*. In: <http://justificando.cartacapital.com.br/2017/07/19/garantismo-integral-teoria-que-so-existe-no-brasil/>, consulta em 04/07/2018.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

PINKER, Steven. *Os anjos bons da nossa natureza: porque a violência diminuiu*. Trad. Bernardo Joffily e Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2017.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral*. V.1. 3ª ed. São Paulo: RT, 2002.

QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal: Parte Geral*. V.1. 13ª ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

QUEIROZ, Paulo de Souza. *Funções do Direito Penal*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2005.

QUINTAS, Jorge; FIRMIANO, José Diego Rocha. *Discricionariedade judicial em matéria de drogas numa perspectiva comparada entre Brasil e Portugal: a diferenciação do consumo e do tráfico de drogas*. In: BEDÊ JÚNIOR, Américo; CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós (coords.). *Sentença criminal e aplicação da pena: ensaios sobre discricionariedade, individualização e proporcionalidade*. Salvador: Juspodivm, 2017.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Política criminal y determinación de la pena*. In: *Doctrina Penal: teoría y práctica en las ciencias penales*, Buenos Aires, v. 1, 1/4, 1978.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

RAMOS, André de Carvalho. *Mandados de criminalização no direito internacional dos direitos humanos: novos paradigmas da proteção das vítimas de violações de direitos humanos*. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: RT, nº 62, setembro-outubro de 2006.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Insegurança e tolerância zero*. In: Boletim IBCCRIM. São Paulo, v.10, n.119 Esp., p. 9-11, out. 2002.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de Direito Penal: Parte Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

REALE JÚNIOR, Miguel; DOTTI, René Ariel; ANDREUCCI, Ricardo Antunes; PITOMBO, Sérgio de Moraes. *Penas e Medidas de Segurança no Novo Código*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

REDONDO ILLESCAS, Santiago; GARRIDO GENOVÉS, Vicente. *Principios de Criminología*. 4ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

REIMAN, Jeffrey; LEIGHTON, Paul. *The rich get richer and the poor get prison*. 11ª ed. New York/London: Routledge, 2017.

RIGHI, Esteban. *Culpabilidad y peligrosidad como fundamentos de la pena*. In: Anuario de derecho penal 2010-2011. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2012.

RIVACOBIA Y RIVACOBIA, Manuel de. *Cuantificación de la pena y discrecionalidad judicial: en homenaje a la figura y el ejemplo de Adela Reta Sosa-Días y en testimonio de una antigua y noble amistad*. In: Revista de derecho penal y criminología: Espanha, Madrid, n. 3, 1993.

RIVERA BEIRAS, Iñaki. *Pena Criminal: seus caminhos e suas possíveis formas*. Trad. Denise Hammerschmidt. Curitiba: Juruá, 2012.

ROBERTI, Maura. *A intervenção mínima como princípio no direito penal brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001.

ROBERTS, Julian V. *Reducing the use of custody as a sanction: a review of recente international experiences*. In: BEDÊ JÚNIOR, Américo; CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós (coords.). *Sentença criminal e aplicação da pena: ensaios sobre discricionariedade, individualização e proporcionalidade*. Salvador: Juspodivm, 2017.

ROBERTS, Julian V. *Structured sentencing: lessons from the experience in England and Wales*. In: BEDÊ JÚNIOR, Américo; CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós (coords.).

Sentença criminal e aplicação da pena: ensaios sobre discricionariedade, individualização e proporcionalidade. Salvador: Juspodivm, 2017.

RODRIGUES, Anabela Miranda. *A posição jurídica do recluso na execução da pena privativa de liberdade.* São Paulo: IBCCRIM, 2000.

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

ROLIM, Marcos. *Prisão e ideologia: Limites e Possibilidades para a reforma prisional no Brasil.* In: CARVALHO, Salo de (coord.) *Crítica à Execução Penal.* 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ROSSETO, Enio Luiz. *Teoria e aplicação da pena.* São Paulo: Atlas, 2014.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal: parte general.* 2ª ed. Diego Manuel Luzon Peña *et. al.* Madrid: Civitas, 2014.

ROXIN, Claus. *Prevención y deteminación de la pena.* Trad. Francisco Muños Conde. In: *Doctrina Penal*, nº9-12, 1980.

SALGADO, Daniel de Resende. *A elite do crime: discurso de resistência e laxismo penal.* In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (orgs.). *Garantismo Penal Integral.* 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2013.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Direito Penal e Propriedade Privada: A Racionalidade do Sistema Penal na Tutela do Patrimônio.* São Paulo: Atlas, 2014.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Finalidades da Pena: Conceito Material de Delito e Sistema Penal Integral.* São Paulo: Quartier Latin, 2008.

SANTORO, Luciano de Freitas. *Three strikes law.* In: GRECO, Alessandra Orcesi Pedro (org.). *Direito Penal Avançado: Homenagem ao Professor Dirceu de Mello.* Curitiba: Juruá, 2015.

SANTOS, Cláudia Cruz. *O crime de colarinho branco, a (des)igualdade e o problema dos modelos de controle*. In: PODVAL, Roberto (Org.). *Temas de direito penal econômico*. São Paulo: RT, 2001.

SANTOS, José Vicente Tavares dos. *O saber do crime, a noção de violência e a seletividade penal*. In: *Delito y Sociedad. Revista de Ciencias Sociales*, v. 9, n. 14.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *A Criminologia Radical*. 3ª ed. Curitiba: ICPC/Lumen Juris, 2008.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: Parte Geral*. 8ª ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

SANTOS JÚNIOR, João Bosco Leite dos. *Crerios jurdico-normativos na determinao da pena - anlise dos discursos em torno da finalidade da punioo*. Dissertao de Mestrado: Universidade de So Paulo, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituio e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibio de excesso e de insuficincia*. In: *Revista Brasileira de Cincias Criminais*, So Paulo: RT, n° 47, maro-abril de 2004.

SCHÜNEMANN, Bernd. *Del derecho penal de La clase baja al derecho penal de la clase alta: un cambio de paradigma como exigencia moral*. Trad. Lourdes Baza. In: SCHÜNEMANN, Bernd. *Temas actuales y permanentes del derecho pernal despues del milenio*. Madri: Tecnos, 2002.

SCHWENDINGER, Herman; SCHWENDINGER, Julia. *Defensores da ordem ou guardioes dos direitos humanos?* In: TAYLOR, Ian; WALTON, Paulo; YOUNG, Jock (org.). *Criminologia Crtica*. Trad. Juarez Cirino dos Santos e Srgio Tancredo. Rio de Janeiro: Edies Graal, 1980.

SERRANO MAÍLLO, Alfonso; PRADO, Luiz Regis. *Curso de Criminologia*. 2ª ed. So Paulo: RT, 2013.

SÉVERIN, Carlos Versele. *A cifra dourada da delinquncia*. In: *Revista de Direito Penal*, Rio de Janeiro, n. 27, janeiro/junho de 1979.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *A lei e o outro*. In: Boletim IBCCRIM. São Paulo, v.8, n.99, p. Encarte AIDP, fev. 2001.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. São Paulo: RT, 2004.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Tolerância zero*. In: Revista internacional de direito e cidadania, Erechim, v. 2, n. 5, out. 2009.

SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JÚNIOR, Alceu. *Teoria da Pena*. São Paulo: RT, 2002.

SILVA, João Bernardo. *Mecanismos de proteção aos criminosos do “colarinho branco”*. In: BORGES, Paulo César Corrêa (coord.). *O Princípio da igualdade na perspectiva penal: temas atuais*. São Paulo: Unesp, 2007.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA SANCHES, Jesus Maria. *A expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: RT, 2002.

SILVA SANCHES, Jesus Maria. *Eficiência e Direito Penal*. Trad. Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2004.

SILVA SANCHES, Jesus Maria. *En busca del Derecho penal*. Montevideo / Buenos Aires: B de f, 2015.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito Penal Supra-individual*. São Paulo: RT, 2003.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo*. In: InDret Revista para el análisis del derecho. Barcelona, abril de 2007 (www.indret.com).

SINHORETO, Jaqueline. *Seletividade penal e acesso à justiça*. In: LIMA, Renato Sérgio de; RATTON, José Luiz; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de (orgs.). *Crime Polícia e Justiça no Brasil*. São Paulo: Contexto, 2014.

SOARES, Fabrício Antonio. *Critérios para a fixação da pena-base e da pena provisória*. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 11, n. 920, 9 jan. 2006. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/7762>, consulta em 07 de junho de 2019.

SOARES, Luiz Eduardo. *Segurança tem saída*. Rio de Janeiro: Sextante, 2006.

SOUZA, Luciano Anderson de. *Comentários aos artigos 59 ao 82*. In: REALE JÚNIOR, Miguel (coord.) *Código Penal Comentado*. São Paulo: Saraiva, 2017.

STOCO, Tatiana de Oliveira. *Personalidade do agente na fixação da pena*. São Paulo: RT, 2014.

STRECK, Lênio Luiz. *Constituição, bem jurídico e controle social: a criminalização da pobreza ou de como “la ley es como la serpiente; solo pica a lós descalzos”*. In: Revista de Estudos Criminais, n.31, v.8, 2008.

STRECK, Lênio Luiz; FELDENS, Luciano. *Crime e Constituição: A legitimidade da função investigatória do Ministério Público*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

STRECK, Lênio Luiz. *Entre Hobbes e Rousseau - a dupla face do princípio da proporcionalidade e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal*. In: STRECK, Lênio Luiz (org.). *Direito Penal em tempos de crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

STRECK, Lênio Luiz. *Bem jurídico no estado democrático de direito: “todavía la ley es como la serpiente; solo pica a lós descalzos?”*. In: GRECO, Rogério (coord.). *Comentários ao projeto de novo código penal (PLS 236/2012)*. V.1. Niterói: Impetus, 2013.

SUTHERLAND, Edwin H. *Crime de colarinho branco: Versão sem cortes*. Trad. Clécio Lemos. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

SUTHERLAND, Edwin H. *Principles of criminology*. 4ªed. Filadélfia: Lippincott, 1947.

SZAFIR, Alexandra. *O direito penal dos ricos*. In: Boletim IBCCRIM. n. 54, maio de 1997.

TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Culpabilidade*. 2ªed. São Paulo: Saraiva, 2014.

TAVARES, Juarez. Culpabilidade e individualização da pena. In: NASCIMENTO, André; BATISTA, Nilo. *Cem anos de repressão: uma contribuição transdisciplinar para a crise da culpabilidade*. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

TASSE, Adel el. *Teoria da Pena. Pena Privativa de liberdade e medidas complementares: um estudo crítico à luz do Estado Democrático de Direito*. Curitiba: Juruá, 2010.

TEIXEIRA, Adriano. *Aplicação da pena, dogmática penal e teoria do delito: o exemplo da relevância das consequências extratípicas do delito na aplicação da pena*. In: BEDÊ JÚNIOR, Américo; CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós (coords.). *Sentença criminal e aplicação da pena: ensaios sobre discricionariedade, individualização e proporcionalidade*. Salvador: Juspodivm, 2017.

TEIXEIRA, Adriano. *Teoria da Aplicação da pena: Fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato*. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

TEIXEIRA, Gabriel Haddad. *A seletividade do sistema penal: uma visão sobre o Tribunal Penal Internacional*. In: Boletim IBCCRIM, São Paulo, v. 19, n. 225, agosto de 2011.

THOMPSON, Augusto. *Quem são os criminosos?*. 2ªed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

TURK, Austin. *Conflict and Radical Theories*. In: LANIER, Mark M.; HENRY, Stuart (ed.). *The Essential Criminology Reader*. Colorado: Westview, 2006.

TURK, Austin. *Criminality and Legal Order*. 3ªed. Chicago: RandMcNally, 1972.

VARGAS, Joana Domingues. *Fluxo do sistema de justiça criminal*. In: LIMA, Renato Sérgio de; RATTON, José Luiz; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de (orgs.). *Crime Polícia e Justiça no Brasil*. São Paulo: Contexto, 2014.

VERAS, Ryanna Palas. *Nova Criminologia e os Crimes do Colarinho Branco*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

VERAS, Ryanna Palas. *Política criminal e criminologia humanista*. Tese de Doutorado: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2016.

VILADÀS JENÉ, Carles. *A delinquência Econômica*. In: BERGALLI, Roberto; BUSTO RAMÍREZ, Juan (orgs.). *O Pensamento Criminológico II: Estado e controle*. Trad. Roberta Duboc Pedrinha e Sergio Chastinet Duarte Guimarães. Rio de Janeiro: Revan, 2014.

VOLD, Georg B.; BERNARD, Thomas J.; SNIPES, Jeffrey B. *Theoretical Criminology*. 5ª ed. New York: Oxford University Press, 2002.

WACQUANT, Loïc, *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos [a onda punitiva]*. 3ª ed. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

WACQUANT, Loïc. *Sobre a “janela quebrada” e alguns outros contos sobre a segurança vindos da América*. Trad. Celso Eduardo Faria Coracini. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: RT, nº 46, janeiro-fevereiro de 2004.

WALSH, Anthony; ELLIS, Lee. *Criminology: A global perspective*. Boston: Allyn and Bacon, 2000.

WILSON, James Q. *Talking about crime*. Basic Books: New York, 2013.

WILSON, James Q; KELLING, George L. *Broken Windows: The police and neighborhood safety*. In: https://www.manhattan-institute.org/pdf/_atlantic_monthly_broken_windows.pdf, consulta em 09/07/2018.

YOUNG, Jock. *A sociedade excludente: Exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente*. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

YOUNG, Jock; LEA, John. *Que hacer com la ley e el orden?* Trad. Martha B. Gil y Mariano A. Ciafardini. Editores Del Puertto: Buenos Aires, 2001.

ZACCONE, Orlando. *Acionistas do nada: quem são os traficantes de drogas*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

ZACCONE, Orlando. *Sistema penal e seletividade punitiva no tráfico de drogas ilícitas*. In: Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade, n. 14, anual. 2004.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*. Trad. Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro*. V.1. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro*. V.2. T.2. Rio de Janeiro: Revan, 2017.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral*. 5ª ed. São Paulo: RT, 2004.