

Universidade de Brasília
Faculdade de Direito
Coordenação de Pós-Graduação em Direito
Mestrado em Direito, Estado e Constituição

**ENTRE NÚMEROS, CÁLCULOS E HUMANIDADE:
O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA INDIVIDUALIZAÇÃO
DA PENA E O MITO DA PUNIÇÃO HUMANIZADA**

VINICIUS DA SILVA MACHADO

Brasília, maio de 2009.

VINICIUS DA SILVA MACHADO

**ENTRE NÚMEROS, CÁLCULOS E HUMANIDADE:
O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA INDIVIDUALIZAÇÃO
DA PENA E O MITO DA PUNIÇÃO HUMANIZADA**

Dissertação submetida à Universidade de Brasília como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, Estado e Constituição.

Orientadora: Professora Doutora Ela Wiecko Volkmer de Castilho.

Brasília, maio de 2009.

VINICIUS DA SILVA MACHADO

**ENTRE NÚMEROS, CÁLCULOS E HUMANIDADE:
O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA INDIVIDUALIZAÇÃO
DA PENA E O MITO DA PUNIÇÃO HUMANIZADA**

Esta dissertação foi julgada adequada para a obtenção do título de Mestre em Direito, Estado e Constituição e aprovada, em sua forma final, pela Coordenação de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília.

Brasília, 21 de maio de 2009.

Banca examinadora:

Presidente: Professora Doutora Ela Wiecko Volkmer de Castilho (UnB)

Membro: Professor Doutor Juarez Cirino dos Santos (UFPR)

Membro: Professor Doutor Alexandre Bernardino Costa (UnB)

Membro Suplente: Professora Doutora Alejandra Leonor Pascual (UnB)

À Dona Luíza.

AGRADECIMENTOS

Cada pessoa a quem faço menção foi muito importante para que eu finalizasse este projeto. Agradeço porque acredito que seja a melhor forma de reconhecer todo o apoio, de qualquer espécie, que recebi ao longo desta jornada cheia de surpresas, dificuldades, aprendizados, boas descobertas e amizade.

À minha mãe Sandra, ao meu padrasto Jean, à minha tia Cida (hoje “Marriá”) e a todos os meus familiares, agradeço pelo amor, pelo incentivo e por suas presenças, seja fisicamente ao meu lado, seja a 200 quilômetros, seja a mais de 8.000 quilômetros de distância.

À minha orientadora, Professora Ela Wiecko, agradeço pelos inestimáveis ensinamentos, pela segurança e pela constante aula de serenidade. Ao Professor Juarez Cirino dos Santos, agradeço por ter prontamente se disposto a participar da minha banca, transformando-a em um momento agradavelmente inesquecível com suas louváveis intervenções. Ao Professor Alexandre Bernardino Costa, agradeço pelo incentivo à perspectiva crítica e por suas contribuições durante todo o mestrado, fazendo-se constantemente presente. A todos do Grupo Candango de Criminologia, especialmente Cyntia, Carol Ferreira e Fabi, agradeço pelas reflexões que apreendi e que estão impressas do início ao fim desta dissertação.

À Professora Marie-Eve Sylvestre, agradeço por ter gentilmente estabelecido um diálogo, desde sua estada em Brasília, fazendo notáveis observações, além de ainda me ceder um relevante material bibliográfico.

Ao estatístico René Raupp, agradeço pela presteza e pela correção no trato dos dados da pesquisa. Aos colaboradores Alexandre Fernandes, Ana Carolina Naya e Lia Moura, agradeço pela solicitude e pelo inestimável cuidado na análise das sentenças. À Alessandra Morato, agradeço pela disposição e pela importante ajuda na coleta de dados. À Helena e à Lia, da secretaria da pós da UnB, agradeço pela eficiência e pela simpatia durante todo o mestrado.

À minha amiga Erica, agradeço pelo carinho, pela força e pela imensa generosidade ao acompanhar cada ponto desta trajetória, sempre intervindo com preciosas contribuições.

À minha amiga Carol Tokarski, agradeço pela energia, pelo afeto e pela marcante sinceridade que constrói.

À minha amiga Gabi, agradeço por se dispor a ser minha terapeuta de qualquer hora, sempre atenciosa, compartilhando angústias e conquistas.

Ao Professor Olindo, agradeço pelas lições que se estenderam além do ambiente acadêmico e pela oportunidade que tive de estar em contato com um assunto que tanto me interessa e principalmente com pessoas especiais, como Marli e Eunice, no Tribunal Regional Federal da 1ª Região.

À Marta, à Lelê e ao Seu Francisco, agradeço pela amizade que segue, desde a época em que trabalhava no Tribunal Regional Eleitoral do Distrito Federal, e que seguirá.

Às minhas amigas Jana, Keka, Sandy e Mairinha, agradeço por se fazerem presentes na minha vida desde minha chegada a Brasília, tornando esta cidade acolhedora.

Aos meus amigos Thiago e Evelize, agradeço por me acompanharem na montanha-russa e por serem verdadeiros portos-seguros durante todo o período de concretização deste trabalho.



RESUMO

Esta dissertação trata do princípio constitucional da individualização da pena como expressão do mito moderno da punição humanizada. Busca demonstrar que, apesar de se apresentar como direito fundamental, a individualização da pena configura uma tentativa de conferir legitimidade ao irracional ato de castigar. Mediante a utilização de números, cálculos e construções racionalizadas, a pena supostamente individualizada manifesta o caráter estigmatizante, seletivo e excludente do exercício do poder punitivo, enquanto despreza a humanidade do condenado, que é reduzido a mero dado quantificado. Para o fim de comprovar essa hipótese, a pesquisa se apoia na referência da criminologia crítica e da criminologia da reação social, que consideram o crime como criação política, a partir da forma como a sociedade reage a determinada conduta, e como instrumento de manutenção das relações de poder. A análise de sentenças criminais condenatórias proferidas no Distrito Federal, nos anos de 2006 e 2007, visa reforçar essa constatação, expondo que a razão da punição se condensa numa escolha impassível de justificação lógica. A unidade de medida da pena é escalonada pelo impulso de normalizar, punir e excluir um indivíduo que é destituído de sua condição de sujeito para se tornar simples objeto de investigação. Conclui a dissertação que a humanidade do sujeito se perde em meio às fracassadas tentativas de equacionamento da pena, principalmente diante da prioridade atribuída à mecânica da punição em detrimento da condição humana.

Palavras-chave: princípio da individualização da pena; humanização da punição; racionalidade; criminologia crítica; sistema penal.

ABSTRACT

This dissertation deals with the constitutional principle of the individualization of punishment as an expression of the modern myth of humanized punishment. This work shows that, despite of being introduced as a fundamental right, the individualization of punishment figures as an attempt to grant legitimacy to the unreasonable act of punish. By using numbers, calculus and rationalized constructions, the hypothetically individualized punishment reveals the stigmatizing, excluding and selective feature in the exercise of the punitive power, while ignores convict's condition of human being, who is reduced to a simple quantified datum. In support of these arguments, the research is based on critical criminology and social reaction criminology reference, which consider the crime as a political creation that reflects society's reaction to certain behavior and as an instrument to maintain power. The analysis of condemnations pronounced in Distrito Federal, during the years 2006 and 2007, reinforce this evidence by exposing that punishment's reason lays in a choice with no logical justification. The real measure of punishment is the impulse to normalize, punish and exclude the individual, who lost his human condition to become a simple investigation object. This dissertation concludes that subject's condition of human being is lost amid unsuccessful attempts to quantify the punishment, mainly regarding the priority assigned to punishment calculus itself to the detriment of the human condition.

Keywords: principle of the individualization of punishment; humanized punishment; rationality; critical criminology; penal system.

LISTA DE TABELAS E DE GRÁFICO

TABELA 1 – Distribuição do número de réus por processo analisado	81
TABELA 2 – Distribuição do número de incidências penais por condenação	82
TABELA 3 – Relação entre o total de condenações e o patamar de fixação da pena-base	86
GRÁFICO 1 – Distribuição de índices de pena-base padronizada para o total de incidências com pena-base acima do mínimo	87
TABELA 4 – Medidas de posição referentes à distribuição da pena padronizada para todas as incidências com pena-base acima do mínimo	87
TABELA 5 – Distribuição do número total de condenações em que houve anotação de circunstância judicial negativa em função da variação da pena-base.....	89
TABELA 6 – Índice de incidência de cada circunstância judicial em função da pena-base em relação ao total de incidências	91
TABELA 7 – Distribuição do número de incidências em que houve anotação de culpabilidade em relação ao total de incidências	92
TABELA 8 – Distribuição de marcação de <i>fundamentação inerente ao tipo</i> em função da culpabilidade considerando todas as incidências dessa circunstância judicial.....	93
TABELA 9 – Distribuição de marcação de <i>fundamentação inerente ao tipo</i> em função da culpabilidade considerando as incidências com pena-base acima do mínimo	93
TABELA 10 – Distribuição do número de incidências em que houve anotação de motivos em relação ao total de incidências	95
TABELA 11 – Distribuição do número de incidências em que houve anotação de consequências do crime em relação ao total de incidências	95
TABELA 12 – Distribuição de marcação de <i>fundamentação inerente ao tipo</i> em função da circunstância judicial considerando todas as incidências	96
TABELA 13 – Distribuição de marcação de <i>fundamentação inerente ao tipo</i> em função da circunstância judicial considerando as incidências com pena-base acima do mínimo.....	97
TABELA 14 – Distribuição do número de incidências em que houve anotação de antecedentes em relação ao total de incidências.....	98
TABELA 15 – Distribuição do número de incidências em que houve anotação de conduta social em relação ao total de incidências	101
TABELA 16 – Distribuição do número de incidências em que houve anotação de personalidade do agente em relação ao total de incidências	102
TABELA 17 – Distribuição da marcação de personalidade do agente com “personalidade voltada para o crime”	103

TABELA 18 – Distribuição da marcação de conduta social combinada com personalidade do agente.....	104
TABELA 19 – Distribuição de categorias penais classificadas por proporção de incidências com pena-base no mínimo e acima do mínimo	105
TABELA 20 – Distribuição de ocorrência de categoria penal em função das circunstâncias judiciais – todas as incidências	106
TABELA 21 – Distribuição das circunstâncias agravantes.....	108
TABELA 22 – Percentagem de ocorrência de reincidência concomitante à anotação de maus antecedentes.....	110
TABELA 23 – Distribuição de condenações a pena igual ou inferior a quatro anos com a anotação de reincidência em relação ao regime de cumprimento de pena	111
TABELA 24 – Distribuição de condenações a pena superior a quatro anos e igual ou inferior a oito anos com a anotação de reincidência em relação ao regime de cumprimento de pena...	112
TABELA 25 – Distribuição de condenações a pena igual ou inferior a quatro anos com a anotação de reincidência em relação à substituição da pena privativa de liberdade	112
TABELA 26 – Distribuição das circunstâncias atenuantes.....	114
TABELA 27 – Distribuição do número de incidências por categoria penal	122
TABELA 28 – Distribuição de incidências dos crimes de roubo e de furto nas modalidades simples e qualificada	123
TABELA 29 – Distribuição dos regimes de cumprimento de pena	124
TABELA 30 – Distribuição dos motivos para a estipulação do regime de cumprimento	125
TABELA 31 – Distribuição dos regimes de cumprimento para penas inferiores ou iguais a quatro anos.....	125
TABELA 32 – Distribuição dos regimes de cumprimento para penas superiores a quatro anos e iguais ou inferiores a oito anos	126
TABELA 33 – Distribuição de motivos para a não substituição da pena privativa de liberdade	127
TABELA 34 – Distribuição de motivos para a não substituição da pena privativa de liberdade em condenações com tempo de pena igual ou inferior a quatro anos	128

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	14
1 PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA E SISTEMA PENAL	19
1.1 INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA: A “HUMANIZAÇÃO” DA PUNIÇÃO	19
1.1.1 Dos suplícios à pena individualizada: uma opção racional na arte de punir.....	20
1.1.2 A individualização da pena como um direito fundamental.....	28
1.2 A RACIONALIDADE DO DISCURSO JURÍDICO-PENAL: O SUJEITO REDUZIDO A OBJETO DO SABER-PODER DETENTOR DA VERDADE CIENTÍFICA	32
1.2.1 Luzes que cegam: incandescência iluminista, determinismo e verdade científica na razão jurídico-penal.....	33
1.2.2 O predomínio da etiologia nas práticas penais.....	44
1.2.3 Do infrator ao delinquente: o império da normalidade	48
1.3 ESTIGMATIZAÇÃO E ELIMINAÇÃO DA DIFERENÇA	55
1.3.1 O estigma do criminoso.....	56
1.3.2 Selecionando, punindo, selecionando... ..	63
1.3.3 Igualdade e coesão social a partir da eliminação da diferença: à sombra de Carl Schmitt	71
2 A PRÁTICA DA INDIVIDUALIZAÇÃO JUDICIAL DA PENA NO DISTRITO FEDERAL	80
2.1 A INDIVIDUALIZAÇÃO JUDICIAL DA PENA.....	83
2.2 CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS: A FIXAÇÃO DA PENA-BASE	85
2.2.1 Ofendendo os princípios do contraditório e da ampla defesa	88
2.2.2 Discurso vazio e <i>bis in idem</i> : constantes da equação	90
2.2.3 Antecedentes: pena e estigma eternos	97
2.2.4 “Personalidade voltada para o crime” e conduta social no discurso medicalizado. 100	
2.2.5 Correlação entre circunstâncias judiciais e crimes.....	105
2.3 AGRAVANTES E ATENUANTES	107
2.3.1 A impertinência da reincidência.....	108
2.3.2 A inoperante contrapartida da confissão espontânea	114
2.3.3 Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça (ou como violar um preceito constitucional por meio de um enunciado jurisprudencial) e a extinção do limite mínimo de fixação da pena	116

2.4 O QUE SE PUNE?	120
2.5 A FORMA DA PUNIÇÃO: REGIME DE CUMPRIMENTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE	124
2.5.1 Fechando o cerco: o regime de cumprimento da pena	124
2.5.2 Alternativas à prisão: a substituição da pena privativa de liberdade.....	127
2.6 QUE INDIVIDUALIZAÇÃO?.....	129
CONSIDERAÇÕES FINAIS	133
REFERÊNCIAS	141
APÊNDICES	152

INTRODUÇÃO

A exata e racional medida de prescrição da dor: é um mito? De onde surge aquele amontoado de equações e de números correspondentes a tempos de punição aplicável e aplicada ao indivíduo? Essa é a motivação para a presente dissertação, que teve como inspirações o trabalho do pesquisador na área criminal e principalmente as enriquecedoras discussões desenroladas no Grupo Candango de Criminologia da Universidade de Brasília.

Para um determinado crime, pena-base mínima de x , pena-base máxima de y e um criminoso dissecado. Há atenuante? Subtrai-se um tanto da pena. Há agravante? Pune-se com mais rigor. Presente uma causa de diminuição? Fração de castigo afastada. Incide qualificadora? Fração de castigo adicionada. Regime aberto, semiaberto ou fechado? Substitui-se a pena privativa de liberdade? Pronto. Tudo “puro”, “claro”, “natural”. A pena está devida, racional, iluminadamente individualizada. Está?

Eis as indagações deste trabalho: que individualização? que indivíduo? que pena? Mas que fique o aviso: explicar o princípio da individualização da pena não significa, aqui, fazer uma análise exegética do instituto, com a mera apresentação do tratamento dogmático que o envolve ou a explanação sobre técnicas de quantificação da punição. Por outro rumo, importante é observar criticamente os movimentos do sistema penal e suas construções racionais que estão por trás da mitificação do princípio constitucional da individualização da pena como um dos estandartes da humanização do direito penal.

A hipótese a ser desenvolvida é a de que, por meio desse princípio, o sistema penal encontrou um modo conveniente de distribuir sua violência, com a elaboração de um método de cálculo supostamente derivado da razão. Tendo em vista ainda que o sistema punitivo segue a vertente positivista da criminologia, questiona-se como um modelo marcadamente atomizante pode conceber uma forma humanizada de apenação. Por isso, o objetivo desta pesquisa é demonstrar que, por meio da defesa de um caráter humanizado inerente à consagração do princípio da individualização da pena, busca-se conferir uma legitimação metrificada, quantificada, cientificamente dosada de imposição de um castigo que, de fato, é irremediavelmente irracional. Com essa constatação, a importância deste trabalho está na tentativa de contribuir para uma mudança de pensamento, que se torne menos robotizado e

mais comprometido com a realidade social e com a desconstrução dos vigentes discursos agressivos e massificantes verificados na prática do sistema penal e, em especial, na individualização judicial da pena.

Como referencial, adota-se as orientações da criminologia da reação social e da criminologia crítica, a partir do que não se visa ao estudo de causas de criminalidade, mas a uma abordagem do crime como categoria construída e atribuída por quem dispõe do saber-poder detentor da verdade científica a determinadas classes de indivíduos e suas respectivas condutas, num contexto em que a criminalidade é vista como instrumento de manutenção das relações de dominação.

Assim, na primeira parte desta pesquisa, o ponto de partida está na análise de como o modo de punir se transformou, passando da agressão direta ao corpo do condenado para a administração calculada da violência punitiva, num programa de “humanização” da dor proposto pelo reformismo juspenalista europeu do século XVIII.

Indissociável do princípio da humanidade da punição, o princípio da individualização da pena emerge, a partir de então, como direito fundamental disposto nas Constituições de raiz ocidental. O caso brasileiro, como se verá, não é diferente, a ponto de prestigiados doutrinadores invocarem o princípio como argumento máximo de um direito penal que se preocuparia com o caráter humano do indivíduo, sob o pressuposto da evolução de um sistema punitivo que agora estaria supostamente dedicado a privilegiar a equidade na aplicação das penas.

A individualização da pena é racional ou racionalizada? Afinal, de onde surge a verdade científica a que inveteradamente se reporta o discurso jurídico-penal? Com esses questionamentos, discute-se a essência das construções teóricas legitimadoras da atuação repressora estatal. Parte-se das preceituações abstratas da Escola Clássica, que prestigiava uma filosofia do crime e propagandeava uma igualdade de todos perante a lei como medida da responsabilização de um infrator plenamente consciente de seus atos. Como contrapartida ao fracasso do classicismo, aborda-se a solução defendida pela Escola Positiva, a qual passou a prestigiar um enfoque empírico, inspirado no método das ciências da natureza, para explicar as causas da criminalidade. É com o positivismo que se inicia a priorização do exame do delincente como um ser naturalmente desviado e sobre quem a ciência criminológica deve

centrar esforços para neutralizá-lo, com a crença de que estaria aí o remédio para os males do crime.

Nesse contexto se fortalece um determinismo que ainda hoje marca a prática da aplicação da pena, assentada sobre uma verdade que, longe de ser decorrente de uma pretensa razão científica, é política e convenientemente estruturada. Consigna-se a etiologia como diretriz de atuação de um sistema penal que, passo a passo, vai se alienando no que concerne às contribuições das ciências sociais. Resultante disso, o discurso jurídico-penal insiste em defender uma lógica punitiva que se perde nas tentativas fracassadas de justificação, com promiscuidade de argumentos que se contorcem, numa mistura de classicismo e positivismo ilustrativa do vale-tudo de legitimação do sistema penal.

Mas não parece estar próximo o momento em que o discurso jurídico-penal dominante refletirá acerca de sua própria fragilidade. Pior do que isso, desenvolve formas cada vez mais fictícias de promover a exclusão social que lhe é inerente. Assim é que a delimitação do padrão de normalidade se torna cada vez mais requintada. Tal fato se denota com aperfeiçoamento das técnicas de disciplinarização e de manipulação discursiva, também presentes nos procedimentos de individualização judicial da pena, que transformam o infrator em delinquente, o ser que resume a anormalidade do crime.

Na marcha do processo de criminalização, da qual a individualização da pena é elemento crucial, primeiramente se delimita a margem do estigma que marcará toda a vivência do delinquente, evidenciando sua degradação moral para diferenciá-lo dos cidadãos. Em seguida, o sistema penal seleciona esse sujeito rotulado, movimentando sua máquina especificamente como meio de contenção e de exclusão de um indivíduo indesejável, a que se pune com mais vigor. Por fim, predomina um velado discurso de racionalização no sistema penal formal, enquanto um sistema penal informal promove a eliminação física dos delinquentes, empecilhos a um programa de homogeneização social que muito se assemelha à teoria política defendida por Carl Schmitt no século XX.

Com toda essa conjuntura, haveria possibilidade de o propalado caráter humanizador do princípio da individualização da pena se confirmar na prática? A resposta dada pela segunda parte da pesquisa é não.

A partir da análise de 440 condenações criminais no Distrito Federal, procurou-se trazer um diagnóstico de como se faz a individualização judicial da pena, resultando daí constatações críticas importantes para a certificação da hipótese de que, longe de se individualizar uma pena, uma massa eleita de sujeitos juridicamente espoliados é punida num procedimento de atomização.

Para esses indivíduos, não há garantias constitucionais como o contraditório e a ampla defesa porque, num direcionamento de plena insegurança, não se sabe do que se defende. As circunstâncias judiciais para fixação da pena-base são indicadas num procedimento automatizado e desumanizado. A garantia constitucional da individualização da pena é, nesse sentido, desprezada. As duplas punições pelo mesmo fato são corriqueiras, demonstrando que não há nem mesmo preservação da legalidade. Culpabilidade, motivos e consequências do crime são discursivamente tratados em termos redundantes, mas que se habilitam a reforçar a pena. A análise dos antecedentes implica a perpetuação dos efeitos do castigo, o que notabiliza o caráter determinista da orientação criminológica dominante. Também nesse sentido o exame da conduta social e da personalidade do agente se circunscreve no programa de normalização social, supostamente legitimado sob um padrão de cientificidade pelo discurso medicalizado que o caracteriza.

No tocante às circunstâncias agravantes, a reincidência surge para definitivamente anular o que a legislação, a doutrina e a jurisprudência penais apresentam como benefícios. Soma-se ainda aos antecedentes para, juntos, apor pena em cima de pena, numa evolução que termina no exclusivo foco no delinquente e não em seu ato.

Por outro lado, para as circunstâncias atenuantes, a confissão (dita) espontânea é identificada em um representativo vasto de condenações. Mas a contrapartida a tal confissão é irrisória, isso quando não é inexistente em face de uma regra jurisprudencial que estarrecedoramente impede a diminuição da pena-base aquém do mínimo legal, tornando nula a própria prescrição legal que diz que as circunstâncias atenuantes sempre abrandam a sanção penal.

Corroborando os alertas de que o sistema penal opera com extremada seletividade, apenas três tipos penais, a saber, roubo, furto e porte ilegal de arma de fogo, representam mais da metade da atuação repressiva estatal. A despeito de toda a infinidade de condutas

criminalizadas, o sistema penal opta por perseguir apenas alguns comportamentos bastante definidos como mais correntemente exercidos por grupos sociais marginalizados.

No fim, um código informal elitista, ditador da moral, associa-se ao código formal da punição, também elitista, para, muito antes de individualizarem, reduzirem o sujeito a uma partícula do átomo da anormalidade. Inclusão? Só se for num programa de aniquilamento.

Para um sistema penal eminentemente desumano e para um ato intrinsecamente violento, a punição não pode ser humanizada. O projeto científico de domínio de números e cálculos não confere racionalidade à pena, mas apenas se presta como recurso de legitimação a uma prática política. Os números extraídos da pesquisa tentarão evidenciar a irracionalidade dos números da individualização judicial da pena.

1 PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA E SISTEMA PENAL

O foco primeiro desta pesquisa é dissertar sobre o contexto em que o princípio da individualização da pena foi evoluindo até se tornar um direito fundamental que garantiria a “humanidade” do castigo. Em continuidade, as manipulações discursivas acerca do indivíduo criminoso assumem relevância para esclarecer o modelo supostamente científico que o sistema penal advoga para justificar a sua violência. A abordagem acerca da estratégia estigmatizante, seletiva e exclusiva, inerente às manifestações das práticas penais, procura trazer à tona a “verdadeira razão” da punição.

1.1 INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA: A “HUMANIZAÇÃO” DA PUNIÇÃO

Antes da reforma penal iluminista, a punição era executada por intermédio da violência aplicada diretamente sobre o corpo do condenado, seja porque se impunha a resposta punitiva de acordo com o mal praticado, nos termos da lei de talião, seja porque o pecador-criminoso era obrigado a dispor de seu corpo para o fim de expiar seus pecados-crimes – como medida de purificação de sua alma, segundo um pensamento alinhado ao modelo clerical de antecipação do purgatório. A evolução do direito penal passou a exigir formas mais “suaves” de propagar a violência de suas penas.

O ideal reformador iluminista do século XVIII, fiado na ideologia burguesa de igualdade, invocou a abstração do ser humano, o que suscitou a correlata abstração da pena para satisfazer o desejo de uma “asepsia racional” e de uma conseqüente “humanização” do castigo, respaldado então pelo domínio da legalidade (MELOSSI, 2006, p. 89).

Entretanto, ainda incomodava o fato de a sanção penal estar prevista de forma inflexível, quando apenas a infração importava. Era necessário ajustar a pena ao indivíduo, investigar a sua essência, calcular o desvio de sua conduta do padrão de normalidade em vigor e, “cientificamente”, modular a punição numericamente exata a quem se pretendia castigar.

Sedimentava-se, desse modo, o princípio da individualização da pena, que, progressivamente aperfeiçoado, passou a marcar presença no rol de direitos fundamentais das Constituições modernas, sob a constante de divulgar uma suposta limitação do exercício repressor do Estado e uma garantia de “humanidade” na aplicação da pena.

1.1.1 Dos suplícios à pena individualizada: uma opção racional na arte de punir

Na história da punição, o signo da individualização da pena se firmou na equação racional da sanção penal, tomados como variantes o fato criminoso e a personalidade do agente do delito. Essa fórmula representou um marco na forma que a punição assumiu na gestão do castigo, dentro do que se considerou uma evolução, uma emersão de um modelo irracional para uma administração calculada, científica e humanizada da imposição da pena.

Anteriormente a esse estágio moderno de prescrição de penalidade, inaugurado no século XVIII com o desenvolvimento do pensamento iluminista, havia um elemento comum às diversas modalidades de punição que o direito penal construía até então: a violência pura e simples, em ofensa direta ao corpo do condenado, baseada na ideia de vingança e no princípio do talião, cuja orientação se focava na devolução de lesão por lesão e de morte por morte.

Sob a sistemática talional, a punição se diferenciava por gradações de intensidade dos suplícios, desde a tendência dos germanos, entre os séculos V e XI, de conferir relevo a uma vertente privatista do direito penal, em primazia a uma tendência de compor os conflitos mediante a reparação¹ (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2006, p. 165), até o vigor violento do direito penal canônico.

Considerado como a “mais silenciosa, porém ao mesmo tempo a mais profunda influência sobre os sistemas penais contemporâneos de nossa ‘família’ jurídica” (BATISTA, 2002, p. 163), o direito penal canônico, a partir do século XII, projetou todo um complexo de aplicação do castigo que deixaria traços morais de repressão até os dias atuais. Para Harold J. Berman (2001, p. 02), ainda que hoje as atitudes e convicções religiosas estejam

¹ Ainda que esse modo reparador de solução de controvérsias tenha se difundido unicamente entre membros dos clãs que constituíam a sociedade (*Sippen*), identificados como iguais (BATISTA, 2002, p. 33).

profundamente modificadas e as fontes teológicas pareçam estar minguando, as instituições, os conceitos e os valores derivados de tais fontes permanecem intensos e, por vezes, inalterados. Berman (2001, p. 03) afirma ainda que, nos sistemas jurídicos de todos os países ocidentais e de todos aqueles que sofreram sua influência, persistem primeiramente resíduos de atitudes religiosas e de convicções que encontram sua expressão na liturgia, nos rituais e na doutrina da Igreja Católica. Por esse caminho, Louk Hulsman (1997, p. 68) assevera que “a influência da moral maniqueísta herdada da escolástica ainda é significativa em nossa cultura. Isto explica porque a dicotomia inocente-culpado, sobre a qual se estrutura o sistema penal, é tão facilmente aceita”.

O modelo penal canônico foi o reflexo da promoção de uma ordem totalizante e absoluta, ante a qual o criminoso deveria se curvar sem direito a opor nenhuma resistência. O corpo do condenado passou a ser o principal alvo da punição e, diante do tribunal canônico, como representação da virtude, o pecador desviado se subjugava para que sua alma fosse reconduzida por intermédio do programa salvador da Igreja, mesmo que isso custasse sua eliminação física (BATISTA, 2002, p. 165).

Na perspectiva canônica de aplicação da pena, não havia limites à sua execução, na medida em que a justiça divina deveria ser o modelo por meio do qual se mediam as sanções. Os suplícios suportados pelo condenado correspondiam a uma maneira eficaz de expiação e de catarse espiritual e a uma forma de impor ao pecador-criminoso a antecipação dos horrores da pena eterna. A imperiosidade de reprimir o condenado assinalava a alternativa admitida para se evitar uma calamidade futura que potencialmente colocasse em risco a organização social. O medo dessa desordem justificava a crueldade e a espetacularização da pena, no sentido de incutir nos espectadores o exemplo a não ser seguido (MELOSSI, 2006, p. 23). Nesse contexto, Michel Foucault (2006, p. 32) esclarece que “o corpo supliciado se insere em primeiro lugar no cerimonial judiciário que deve trazer à luz a verdade do crime”.

Enquanto, nos séculos XII e XIII, a heresia era apenas uma ofensa de ordem espiritual, punível com a excomunhão, posteriormente, passou a se tornar também uma violação à lei civil, punida como traição. O processo inquisitorial foi adotado para detectar tal traição, ao passo que a pena de morte a punia. O sentido do crime se voltou para a negação dos dogmas da Igreja e, se o acusado declarasse, por juramento, que havia consentido com os dogmas, era absolvido quando não o fazia devido às torturas, ainda que se mantivesse sujeito

a sofrer penitência. Acaso persistisse na heresia, o acusado acabava exposto ao tribunal eclesiástico, que o entregava às forças seculares para ser executado, o que se entendia como forma de a Igreja manifestar uma aversão ao derramamento de sangue, já que não se envolvia mais que indiretamente na execução do suplício (BERMAN, 2001, p. 17).

O direito penal canônico também impulsionava uma desqualificação do réu, como expediente básico de exclusão e de desvinculação do sujeito da norma jurídica, tornando consagrada uma “objetificação” sob uma aprovação irrestrita à tortura e à morte. Lançava-se para o futuro menos o medo da prescrição que o pavor dos métodos próprios do sistema penal (BATISTA, 2002, p. 168).

Essa política criminal centrada nos suplícios avançou até os séculos XVII e XVIII, quando a penalidade era executada com caráter marcadamente repressivo e imediatista e a prisão era apenas o lugar de detenção antes do julgamento ou excepcionalmente utilizada como pena definitiva para aqueles que não tinham condições de pagar a fiança. Ganhava significado uma das mais características facetas do sistema penal: a seletividade (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004, p. 80).

E quanto aos critérios de aplicação da pena nesse período? Ainda que houvesse uma gradação dos suplícios, na correlação entre o tipo de ferimento físico, a qualidade, a intensidade e o tempo dos sofrimentos com a gravidade do crime, a pessoa do criminoso, o nível social de suas vítimas (FOUCAULT, 2006, p. 31), não existia ainda uma individualização da pena, na definição moderna. Georg Rusche e Otto Kirchheimer (2004, p. 109) destacam que não existia nenhum critério definido para fixar a duração da pena, que era aplicada com base em leis que conferiam ao juiz um poder arbitrário para punir a partir de formulações vagas sobre direito. Durante as Idades Média e Moderna, e mesmo no século XIX, não havia “o desenvolvimento de uma concepção de determinação da pena cominada pela indicação do mínimo e do máximo, sendo a pena fixada de forma rígida (pena ordinária)” (SABADELL, 2006, p. 128). Somente se considerava o ato cometido, sendo irrelevante a personalidade do agente. Faltava a individualização (SALEILLES, 2006, p. 48).

Mas, já no final do século XVII, as punições vão gradativamente reduzindo sua intensidade violenta na medida em que os crimes de sangue diminuem e os crimes contra o patrimônio tomam proporções cada vez maiores, num movimento de suavização dos delitos

que renunciava a suavização das penas. Não se presenciava um respeito novo pela humanidade dos condenados, visto que os suplícios continuavam frequentes mesmo para crimes leves, mas uma tendência para uma justiça mais inteligente e focada numa vigilância penal mais atenta do corpo social (FOUCAULT, 2006, p. 66).

Na passagem do século XVII para o século XVIII, uma grande sensibilidade se instala no universo católico no que diz respeito aos problemas do objeto concreto da pena. Tal fato antecipa, no próprio direito canônico, considerações típicas do iluminismo, principalmente na questão da proporcionalidade da pena ao delito cometido e da reintegração do criminoso (MELOSSI, 2006, p. 60). Essa perspectiva vai se aprimorando com o pensamento iluminista, que sistematiza e adapta o modelo de humanidade das penas, buscando afastá-lo da orientação teológica na esteira dos princípios de um “direito da razão” (SABADELL, 2006, p. 164).

Também a atenuação da punição servia como medida pragmática de defesa contra a revolução social, assim como uma defesa contra atos individuais, uma vez que o uso tradicional da pena de morte não se prestava à proteção das relações de propriedade, mas incentivava um ataque direto àqueles que dispunham de bens patrimoniais (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004, p. 114).

A virada de uma pena arbitrariamente determinada pelo juiz para uma pena codificada, de forma taxativa, pela lei, resultante da intensa atividade reformadora da segunda metade do século XVIII, representou a exigência de uma justa proporção entre a sanção e a gravidade do crime. Venceram o ideal burguês de abstração do ser humano e, como consequência lógica desse viés iluminista, a determinação abstrata da quantidade de pena a ser aplicada. O princípio da proporcionalidade das penas também exigiu a extinção dos suplícios por uma medida humana de apenação, para o fim de aperfeiçoar os princípios da legalidade e da taxatividade, derivados da luta da burguesia contra o Estado absolutista (MELOSSI, 2006, p. 89).

“O movimento para a reforma do direito penal teve seu grande momento na segunda metade do século XVIII” (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004, p. 123). O ideal racional de igualdade avançava sobre o pensamento ocidental, privilegiando a humanidade e o progresso e objetivando o benefício de todos os estratos sociais igualmente. Foi, então, nesse período de

crise, que se ofereceu como contrapartida a lei fundamental de que a pena deve ter a humanidade como medida (FOUCAULT, 2006, p. 64).

Sob esse enfoque, o pensamento de Cesare Beccaria se tornou um marco na evolução da razão da pena, com ênfase nos sistemas contratual e natural como forma de repelir o regime de punição caracterizado pela vingança privada. A obra de Beccaria, expressão do movimento reformista europeu e principal manifesto da Escola Clássica², no bojo do iluminismo, estabeleceu os fundamentos do moderno direito penal, consubstanciado na “concepção liberal do Estado e do Direito baseada nas teorias do contrato social, da divisão de poderes, da humanidade das penas e no princípio utilitarista da máxima felicidade para o maior número de pessoas” (ANDRADE, 2003, p. 49).

A imposição de legalidade deveria descaracterizar quaisquer intervenções conformadas pelo arbítrio. Tal preceito se inseria num contexto iluminista de quase adoração aos números, o que levou a uma identificação da justiça com o cálculo³ (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004, p. 111). As equações numéricas e a eficácia punitiva moldada sob aspectos matemáticos se apresentam como exigência de uma racionalização do poder penal (ANDRADE, 2003, p. 244). Beccaria (2003, p. 86) anuncia seu apreço pelos números em prol da proporcionalidade das penas aos delitos:

² Como se verá adiante neste trabalho, “a Escola Clássica se originou no marco histórico do Iluminismo e de uma transformação estrutural da sociedade e do Estado, inserindo-se, em seus momentos fundacionais, na transição da ordem feudal e o Estado absolutista (o ‘Antigo regime’) para a ordem capitalista e o Estado de Direito liberal na Europa, e se desenvolveu ao longo do processo de consolidação desta nova ordem” (ANDRADE, 2003, p. 45-46). Essa Escola cobre um período de quase cem anos, de meados do século XVIII a meados do século XIX (ANDRADE, 2003, p. 46). Por sua corrente de pensamento, o crime corresponde a um “conceito jurídico, isto é, como violação do direito e, também, daquele pacto social que estava, segundo a filosofia política do liberalismo clássico, na base do Estado e do direito” (BARATTA, 2002, p. 31).

³ Dario Melossi (2006, p. 91) salienta a importância do cálculo do tempo como imposição do castigo a partir da reforma penal do século XVIII: “Por outro lado, a formalização da potestade punitiva inerente aos princípios revolucionários não faz mais do que levar às suas conseqüências mais rigorosas o conceito expresso por Hegel e Pasukanis: o conceito de *trabalho* representa a ligação necessária entre o conteúdo da instituição e a sua forma legal. O cálculo, a medida de pena em termos de valor-trabalho por unidade de tempo, só se torna possível quando a pena é preenchida com esse significado, quando se trabalha ou quando se adentra para o trabalho (trabalho assalariado, trabalho capitalista). Isso é verdade mesmo se não se trabalha no cárcere: o tempo (o tempo medido, escandido, regulado) é uma das grandes descobertas deste período também em outras instituições subalternas, como a escola. Ainda que no tempo transcorrido no cárcere não se produza o valor do bem prejudicado com o delito – o qual, como observa Hegel, encontra-se na base da igualdade estabelecida pela lei de talião –, a natureza propedêutica, subalterna, da instituição faz com que, para este fim, baste a experiência do tempo escandido, do tempo medido, a forma ideológica vazia, que nunca é apenas idéia, mas que morde na carne e na cabeça do indivíduo que se deve reformar, estruturando-o com parâmetros *utilizáveis* pelo processo de exploração”.

Se os cálculos exatos pudessem ser aplicados a todas as combinações obscuras que levam os homens a agir, seria necessário buscar e estabelecer uma progressão de penas que corresponda à progressão dos delitos. O quadro dessas duas progressões seria a medida da liberdade ou da escravidão da humanidade, ou da maldade de cada país.

Bastará, pois, que o legislador sábio estabeleça divisões principais na distribuição das penalidades proporcionadas aos crimes e, especialmente, não aplique os menores castigos aos maiores delitos.

A teoria da individualização da pena foi iniciada por Emil Wahlberg, em 1869, com a monografia *Das Prinzip der Individualisierung der Straßflege*, mas foi Raymond Saleilles o responsável pela popularização da teoria, consolidada na obra *L'Individualisation de la Peine*, publicada em 1898 (RIVACOBÁ Y RIVACOBÁ, 1994, p. 54). Firmaram-se assim as raízes do modo moderno (e atual) de pensar a cominação da sanção penal.

Saleilles (2006, p. 69) opõe uma objeção ao modelo clássico de aplicação da pena: a atividade judicial era excessivamente mecânica. Segundo ele, o mérito do sistema clássico se restringia à supressão da arbitrariedade. Cabia ao juiz unicamente aplicar a prescrição legal, sem que fosse necessário “sondar as consciências nem penetrar nos corações”. Dessa forma, admitia-se apenas o dimensionamento da sanção penal nos termos estabelecidos pela lei e conforme o dano provocado pelo delito. Por desconsiderar o sofrimento que porventura tivesse acometido a vítima, Saleilles (2006, p. 69) destaca que a fixação da pena, nesse modelo, aproximava o delito penal do delito civil.

A proposta da Escola Positiva⁴, segundo a qual “o delinqüente não é um homem como os outros da sua mesma classe” (FERRI, 2005, p. 88), buscou contornar a mecanicidade da individualização clássica da pena. A ideia de se aplicar a mesma pena para o mesmo delito, sem tomar em consideração os caracteres que diferem um delinqüente de um normal, na concepção de Saleilles, não tornava plenamente atendidos os pressupostos de uma verdadeira individualização da pena. Na Escola Positiva, o perigo social não era o crime, mas o criminoso, a sua pessoa, seu impulso latente de perpetrar mais crimes. “[...] deve-se domar o instinto criminoso ou suprimi-lo, ou, como é o caso mais freqüente, se essa esperança parece

⁴ A Escola Positiva se consolidou na segunda metade do século XIX, conforme se observará à frente nesta pesquisa, com o pressuposto científico de defesa da sociedade em face da falência dos ideais de abstração da Escola Clássica (ANDRADE, 2003, p. 60-61). A perspectiva do positivismo penal “assumia a simultânea tarefa de deslocar a problemática penal do plano da razão para o plano da realidade; de uma orientação filosófica para uma orientação científica, empírico-positiva, a única apta a resgatar aquele segundo personagem ‘esquecido’ pela Escola Clássica: o homem delinqüente” (ANDRADE, 2003, p. 61).

irrealizável, deve-se eliminar o criminoso como a um pestilento ou um animal perigoso” (SALEILLES, 2006, p. 111). No período clássico, a modulação das penas se originava de uma casuística. Posteriormente, o que passa a ter relevância é o próprio infrator, sua natureza, seu modo de pensar e de viver, seu passado. Obteve-se um terreno propício para a florescência de um saber psicológico predominante sobre a casuística mesma (FOUCAULT, 2006, p. 83).

No final do século XIX, guiado por tais diretrizes da Escola Positiva, Saleilles (2006, p. 31) conceituou a individualização da pena em termos que norteariam os modelos jurídicos ocidentais na forma de administrar a economia do castigo e resumiriam a opção racional moderna na arte de punir:

Portanto, cada pena deve ser apropriada ao seu fim, para que produza o maior efeito possível. Não cabe fixá-la de antemão de um modo estrito e rígido, nem regulá-la legalmente de um modo invariável, já que o fim da pena é individual e deve ser obtido pelo emprego de uma política especial adequada às circunstâncias, mais que pela aplicação de uma lei puramente abstrata, ignorante com relação às espécies e casos que lhe forem submetidos. [...]

Se, pois, olharmos assim para a pena, em seu fim, considerando o futuro e para a realização de um fim, é preciso que essa pena se adapte à natureza de quem ela recairá. Se o criminoso não está de todo pervertido, é necessário que a pena não contribua para pervertê-lo mais; é necessário que o levante e o ajude a reabilitar-se, e se o criminoso é incorrigível, é necessário que a pena seja contra ele e, em proveito da sociedade, uma medida de defesa e preservação radicais.

Essa adaptação da pena ao indivíduo é o que hoje se chama de individualização da pena.

Com a assunção do programa positivista, o “Direito Penal do autor” se firmou em bases deterministas, com foco na responsabilidade social do criminoso. A partir disso, o potencial de periculosidade social passou a constituir a medida da pena – a demandar rigorosa individualização e indeterminação de limites –, justificando-a como meio de defesa social (ANDRADE, 2003, p. 70). “O princípio da individualização da pena com suporte na personalidade do criminoso é, pois, um produto do positivismo ampliando significativamente os poderes discricionários do juiz na aplicação da pena” (ANDRADE, 2003, p. 70)

Em torno desse eixo, o pensamento penal dominante estruturou sua maneira de aplicar e legitimar a punição, tornando-a envolta por uma aura de humanidade. Nesse rumo, Foucault (2006, p. 77) ressalta que o princípio da individualização da pena, ainda que se volte

contra o inimigo do corpo social, pauta-se primeiramente como um “discurso do coração”, numa sensibilidade e num lirismo que trariam consigo uma impotência em se encontrar o fundamento racional de um cálculo penal. Essa ausência de fundamento não é pontual, mas sim corresponde a uma característica do discurso jurídico-penal, constante desde sua reformulação moderna, a partir do século XVIII, de sempre se lastrear em ficções e metáforas, em elementos inventados e desvinculados de dados concretos da realidade social (ZAFFARONI, 2001, p. 48).

Apesar disso, a formulação de uma pena humana e conseqüentemente racional obteve incontestável êxito. Traduziu-se na descoberta de técnicas mais perspicazes de diminuir o custo econômico e político da apenação, aumentando sua eficácia, constituindo uma nova tecnologia do poder de castigar, aprimorando e universalizando a arte de punir. As noções de racionalidade e de humanidade se uniram para esquadriñar a pena e prescrever as técnicas ajustadas, ao tempo em que “humanidade” foi o nome respeitoso dado a essa economia e a seus cálculos minuciosos (FOUCAULT, 2006, p. 76-77). Privilegiou-se, assim, uma percepção de que, apenas com a imposição de uma pena exata, o direito punitivo cumpria plenamente sua missão. Segundo um processo representado numa seqüência de atos, transformava-se uma previsão legal abstrata em singular sucesso punitivo de adaptação e concretização da punição perfeitamente correlacionada ao réu (RIVACOBÁ Y RIVACOBÁ, 1994, p. 54).

Foucault (2006, p. 83) acentua a importância da individualização da pena na evolução do direito penal:

Vemos aí ao mesmo tempo a necessidade de uma classificação paralela dos crimes e dos castigos e a necessidade de uma individualização das penas, em conformidade com as características singulares de cada criminoso. Essa individualização vai representar um peso muito grande em toda a história do direito penal moderno; aí está a sua fundamentação; sem dúvida em termos de teoria do direito e do acordo com as exigências da prática cotidiana, ela está em oposição radical com o princípio da codificação; mas do ponto de vista de uma economia do poder de punir, e das técnicas através das quais se pretende pôr em circulação, em todo o corpo social, sinais de punição exatamente ajustados, sem excessos nem lacunas, sem “gasto” inútil de poder mas sem timidez, vê-se bem que a codificação do sistema delitos-castigos e a modulação do par criminoso-punição vão a par e se chamam um ao outro. A individualização aparece como o objetivo derradeiro de um código bem adaptado.

Contra um modo de punir marcado pela violência escancarada que passou a causar desconforto entre os reformadores, a individualização da pena passou a se manifestar em meio a um “teatro dos castigos”. Implementava-se uma relação imediatamente inteligível aos sentidos, concedendo espaço a um cálculo simples, emblemático, da estética razoável da pena (FOUCAULT, 2006, p. 88). As relações de causação se apresentam em lógica natural: “que o castigo decorra do crime; que a lei pareça ser uma necessidade das coisas, e que o poder aja mascarando-se sob a força suave da natureza” (FOUCAULT, 2006, p. 88). Dessa maneira, prosperaram a uniformização de métodos e a vigência de normas gerais, com a conseqüente diminuição da autonomia das instituições e dos organismos punitivos e o incremento da infraestrutura penal. Esses efeitos decorreram do abandono das sanções corporais, do crescimento populacional e do aumento dos índices de criminalidade, vindo a requisitar o aperfeiçoamento do aparato administrativo do castigo (GARLAND, 1999, p. 214).

E assim a punição abandonou o campo da percepção quase diária, provocada pelos suplícios, para penetrar no âmbito da consciência abstrata. A eficácia da pena passou a ser atribuída à sua fatalidade, com a certeza de ser punido dando o tom do comportamento humano em contrapartida ao espetáculo da mortificação. Assim orientada, a justiça penal apregou sua desassociação da parte evidentemente violenta da pena (FOUCAULT, 2006, p. 13). Ao contrário, a partir de então, a punição teria assumido um caráter “humano”, suavizando uma percepção dos castigos agarrada aos mesmos pilares de pretensas legalidade e legitimidade construídos durante a reforma penal do século XVIII.

1.1.2 A individualização da pena como um direito fundamental

A partir da formulação moderna que tornou a modulação da pena a ser aplicada inerente ao próprio ato de punir, difundiu-se nas legislações ocidentais a imprescindibilidade de se adequar a sanção penal na correlação entre o fato criminoso e a essência do ser de quem praticou o delito.

Em 1793, a Convenção Nacional francesa resgatou e proclamou a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, cujo artigo XV asseverava: “as

penas devem ser proporcionais ao delito e úteis à sociedade” (BATISTA, 1996, p. 99). No Brasil, a partir da Constituição Imperial de 1824⁵, os suplícios se tornaram refutados como forma de punição em todos os textos constitucionais que se sucederam (CERNICHIARO, 1990, p. 100). Da mesma forma, as legislações penais invariavelmente passaram a internalizar o princípio da humanização da punição, inseparável do princípio da individualização da pena, a preconizar a inadmissibilidade de qualquer castigo que ferisse a dignidade e a condição humana do condenado como sujeito de direitos fundamentais invioláveis (SHECAIRA; CORRÊA JR., 1995, p. 31).

O mito da humanidade da punição se perpetua no discurso jurídico tradicional. Informada pela Constituição Federal de 1988⁶ como direito fundamental, a individualização da pena se encontra delimitada, na classificação de Francesco Palazzo (1989, p. 23), como um dos “princípios de direito penal constitucional”, que demarcam a feição constitucional de um determinado sistema penal, sem que, para isso, tenham que se valer de um reconhecimento formal no texto da Constituição. Palazzo (1989, p. 23) ressalta que esses princípios, que integram diretamente o sistema penal por força de seus próprios conteúdos, detêm “características substancialmente constitucionais, enquanto se circunscrevem dentro dos limites do poder punitivo que situam a posição da pessoa humana no âmago do sistema penal; em seguida, vincam os termos essenciais da relação entre indivíduo e Estado [...]”.

Com *status* de direito fundamental previsto na Constituição, o princípio da individualização da pena assumiu relevância na preservação da dignidade da pessoa humana, uma vez que seria o contraponto do arbítrio estatal. Quando impõe ao Estado o dever de legalizar a aplicação da sanção penal, a individualização exige a proporcionalidade da pena com a gravidade do fato e com a responsabilidade do autor como postulado de humanidade (LOPES, 1997, p. 195-196).

Assim, “a individualização da pena significa adaptar a pena ao condenado, consideradas as características do agente e do delito” (CERNICHIARO, 1990, p. 99). Combina-se a esse conceito a ideia de que, para a preservação do princípio da

⁵ Artigo 179, § 19: “desde já ficam abolidos os açoites, a tortura, a marca de ferro quente e todas as penas cruéis” (CERNICHIARO, 1990, p. 100).

⁶ Artigo 5º, inciso XLVI: “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” (BRASIL, 2007, p. 13).

individualização da pena, é necessário que se tenha em consideração as particularidades de cada indivíduo, a sua capacidade de reintegração e os esforços do condenado rumo a tal ressocialização (MENDES; COELHO; BRANCO, 2007, p. 582). Como um axioma, a doutrina jurídica brasileira reverbera o pressuposto de humanidade como imanente ao princípio da individualização da pena, reproduzindo a mesma feição conceitual há muito exposta por Saleilles. Diz-se ainda que a individualização afasta qualquer tentativa de catalogação dos condenados, considerando-se que a Constituição não admite uma medida de cunho generalizante, tendo em vista sua intenção individualizadora. “É sem dúvida uma forma de humanizar-se a pena” (BASTOS, 1989, p. 237).

O princípio da individualização da pena é situado ainda num plano de primeira grandeza no primado dos direitos fundamentais resguardados no texto constitucional, em face de seu “efetivo reflexo no sacrossanto direito de liberdade”, alçado à condição de valor universal e atemporal (ARAÚJO, 2006, p. 41). Sob uma perspectiva garantista, unem-se a esse princípio todos os valores e princípios constitucionais, mas especialmente os da legalidade, da ofensividade e da proporcionalidade, a fim de que a pena infligida se aproxime o máximo possível de uma justa e adequada punição (QUEIROZ, 2005, p. 326).

O ápice de uma concepção positivista, alinhada ao posicionamento de Saleilles e referenciada num ideário novecentista, está no pensamento atualíssimo da doutrina penal de que o princípio da humanidade da punição, do qual o princípio da individualização da pena é espécie, promove a aplicação benevolente da sanção penal por parte do Estado, que está preocupado com o bem-estar de todos na comunidade (NUCCI, 2005, p. 43). A exceção, por óbvio, abarca aqueles que não se enquadram na categoria de “cidadãos honestos”. Para estes, busca-se resguardar seu *status* de pessoa humana. Para aqueles, não se pode oferecer uma condição de vida melhor que a dos “cidadãos de bem”. Nesse rumo, o caminho para a proteção do caráter humano de “determinados criminosos” – aqueles que não são “delinqüentes iniciantes, autores de crimes de menor potencial ofensivo, não violentos, enfim, que não chocam nem agridem, de forma intensa, a ética e os bons costumes da sociedade” – passa pela contraditória ideia de “cárcere humanizado” (NUCCI, 2005, p. 44-45), num misto de exclusão e inclusão (identificada na forma de ressocialização). Guilherme de Souza Nucci

(2005, p. 87) então, despojando-se de máscaras garantistas⁷ e em defesa de um sistema penal máximo, exprime categoricamente a percepção atual da corrente predominante do pensamento jurídico-penal brasileiro acerca da individualização da pena e sua função:

[...] não se pode extirpar da pena o seu aspecto intimidatório, sem que isso queira dizer que o Estado deve valer-se desse instrumento para impor o “terror”. Este se impõe pelos que não acreditam na democracia; é obra dos seres humanos e não da pena ou de qualquer outra norma estabelecida pelo Direito Penal.

Logicamente, quando a pena guarda proporcionalidade com a infração penal – penas severas para crimes graves; penas brandas para delitos menores –, não deixa de reafirmar a vigência e a eficiência do ordenamento jurídico (prevenção geral positiva). Aliás, a reação estatal diante dos fatos puníveis, para manter viva a consciência social, como afirmam os defensores dessa corrente, precisa ser firme o suficiente para não se tornar figurativa e frágil, provocando outro tipo de consciência: descrédito e desconfiança no sistema penal estatal.

A prevenção geral positiva⁸ pode ser considerada como fundamento da pena, sem dúvida.

Por outro lado, a função da pena ganha um caráter de “polifuncionalidade” no âmbito da manifesta orientação constitucional brasileira, numa concepção eclética em que se integram as instâncias retributivas e as de reinserção social. A individualização da pena concilia o objetivismo da Escola Clássica, que divulgava a importância da adequação da pena à intensidade da ofensa numa operação guiada pelo princípio da proporcionalidade, e o subjetivismo criminológico da Escola Positiva, que postulava a indispensável relevância da pessoa do delincente na aplicação e na execução da sanção penal (LUISI, 1991, p. 39-40).

A essência da previsão constitucional de individualização da pena se firma sobre os pilares da proporcionalidade e da humanidade da pena. Dentre os olhares possíveis para esse

⁷ O garantismo se apresenta como um programa de intervenção mínima do direito penal, que passa a se legitimar como a “lei do mais fraco”, garantidora dos direitos de pessoas vulneráveis (ZAFFARONI, 2001, p. 96). Luigi Ferrajoli, grande expoente do garantismo, atribui à punição uma dupla função: “a prevenção dos delitos que indicaria o limite mínimo da pena e a prevenção das reações desproporcionais que indicaria seu limite máximo” (ZAFFARONI, 2001, p. 96). A máscara garantista está representada, portanto, na estratégia relegitimadora de um sistema penal falido, com a defesa da manutenção da intervenção punitiva “mesmo em uma sociedade mais democratizada e igualitária”, “como único meio de serem evitados danos maiores (a vingança ilimitada)” (ZAFFARONI, 2001, p. 95).

⁸ Essa função de prevenção geral positiva é retratada por Juarez Cirino dos Santos (2007, p. 483) como fenômeno contemporâneo ao direito penal simbólico representado pela criminalização de situações sociais problemáticas para as quais o Estado não parece interessado em dar soluções reais, mas apenas simbólicas. Há uma subordinação dos direitos humanos a exigências de funcionalidade de sistemas sociais, assumindo o nebuloso objetivo de legitimar o poder estatal e o próprio direito penal como instrumento de política social.

princípio constitucional, também se pode apontar o que entende a individualização como expressão do valor *indivíduo*, que não comporta a desconsideração das diferenças. Individualiza-se a pena porque cada indivíduo é único e cada fato se insere numa multiplicidade de singularidades próprias e delimitadas num contexto excepcional (BOSCHI, 2006, p. 67).

De qualquer forma, a proporcionalidade contempla a crença de que a entidade da pena possa se ajustar à extensão da violação ao bem jurídico tutelado e à intensidade da responsabilidade do agente. “É na racionalidade lógica que se deverá obter um acordo sobre quais podem ser as pautas através das quais possamos estabelecer de modo satisfatório uma escala de proporcionalidade tanto abstrata quanto concreta” (DÍEZ RIPOLLÉS, 2005, p. 172).

“Individualizar os excluídos, mas utilizar processos de individualização para marcar exclusões” (FOUCAULT, 2006, p. 165). Assim a realidade se evidencia em contrariedade aos pressupostos dos princípios regentes da limitação estatal do poder de punir. A lesão generalizada, intensa e contínua da dignidade humana e dos direitos humanos de condenados pelo sistema penal brasileiro não ocorre por falta de princípios e de regras jurídicas que prescrevam uma atividade oposta dos organismos punitivos (CIRINO DOS SANTOS, 2007, p. 30). Soma-se a isso o fato de que, conforme ressalta Hulsman (1997, p. 25), “o sistema penal jamais funciona como querem os princípios que pretendem legitimá-lo”.

Parece não haver dúvida de que a individualização da pena seja um direito fundamental constitucionalmente previsto. Todavia, a mesma segurança de conclusão não pode ser atribuída ao propalado aspecto humanizado que naturalmente derivaria desse direito, nos termos da pregação da doutrina jurídico-penal predominante. A mera formulação teórica e legal não detém o poder de transformar uma violenta atuação, intrínseca ao sistema penal.

1.2 A RACIONALIDADE DO DISCURSO JURÍDICO-PENAL: O SUJEITO REDUZIDO A OBJETO DO SABER-PODER DETENTOR DA VERDADE CIENTÍFICA

Que indivíduo? Individualizar a pena para quem? Essas perguntas são cruciais para a compreensão de como o sistema penal moderno evoluiu em sua forma de lidar com aquele que lhe é submetido.

Para o movimento iluminista, o sujeito criminoso é aquele que deve ser punido porque livremente optou por empreender uma conduta ilegal. Assim se configura sua responsabilidade diante do ato cometido, principalmente quando se tem em consideração a igualdade e a legalidade como postulados clássicos fundamentais, a impor ao infrator uma pena pelo descumprimento das cláusulas contratuais do pacto social.

Mas a especialização do saber punitivo encontrou um obstáculo insuperável: seu discurso se tornava frágil diante da desigualdade real. Era necessário fixar uma distinção natural que evidenciasse “cidadãos de bem” de “degenerados”. Evocando a verdade incontestável da ciência, o discurso positivista deslocou seu objeto de investigação do crime para o criminoso, do qual surgiram a explicação das causas da criminalidade e a solução para os males sociais.

Desenvolveu-se a etiologia como meio científico e, por isso, supostamente “verdadeiro” de se racionalizar o castigo para determinados indivíduos. Antes vistos apenas como infratores que violam a lei, começaram a ser examinados como delinquentes, inseridos num tubo de ensaio, anormais que irremediavelmente colocam em risco a ordem social. Essa normalidade escolhida por quem dispõe do saber-poder detentor da verdade científica passa a ditar a regra da punição.

O resultado é que hoje os discursos clássico e positivista se contrastam e se complementam, numa contradição que indica o fracasso de sua meta comum de justificar o exercício punitivo. A busca de legitimidade por meio da racionalidade apenas maquia a violência do sistema penal.

1.2.1 Luzes que cegam: incandescência iluminista, determinismo e verdade científica na razão jurídico-penal

O princípio da individualização da pena, e seus contornos conceituais divulgados pela dogmática jurídico-penal, pode ainda ser apontado como reflexo de um pensamento iluminista que se arraigou e se fortaleceu na produção do conhecimento da ciência criminal brasileira no marco da virada do século XVIII para o século XIX. A partir desse momento, explica Gizlene Neder (2007, p. 19), o pensamento jurídico português descobriu o humanismo do século XVI, com uma redefinição modernizante do perfil intelectual luso-brasileiro, sob o aspecto metodológico. Não se tinha identificado um rompimento do caráter autoritário e conservador do padrão de obediência e submissão, em linhas clericais, do modo de produção jurídico-científica do Brasil imperial.

A formação política brasileira se origina de raízes ibéricas. Para o estudo das manifestações de poder no Brasil, é esclarecedor o fato de que a modernidade portuguesa se desenvolveu com mesclas de arcaísmo, sob um formato rígido de hierarquia social e de domínio como garantias simbólicas de poder (NEDER, 2007, p. 201). Ganha sentido, por essa via, a aparente contradição evidenciada na aliança entre um suposto humanismo e um velado autoritarismo, que passaram a orientar a prática penal a partir da proliferação do ideal iluminista no âmbito jurídico brasileiro.

O iluminismo, como movimento do século XVIII, apesar de não representar um bloco homogêneo de pensamento, defendeu, em termos gerais, a existência de direitos subjetivos naturais inerentes aos seres humanos. Entretanto, essa referência se desenvolveu numa corrente aristocrática e elitista que se resumiu na expressão “tudo para o povo, tudo pelo povo, mas sem o povo”. A importância desse movimento para a formação jurídica ocidental está na sustentação de um sistema de valores em que os direitos individuais conquistavam primeiro plano, permitindo a divulgação de conceitos fundamentais para a consistência jurídico-científica atual (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2006, p. 226). Além disso, “as ‘Luzes’ que descobriram as liberdades inventaram também as disciplinas” que, na lição de Foucault (2006, p. 182-183), são o processo técnico unitário por intermédio do qual “a força do corpo é com o mínimo ônus reduzida como força ‘política’, e maximalizada como força útil”, conformando uma espécie de contradireito, com o importante papel de introduzir assimetrias insuperáveis no meio social.

A racionalidade que sustentou o discurso ilustrado se fixou como eficiente meio de tornar “humano” o exercício do poder punitivo. Primeiramente, essa razão se fundou numa

perspectiva igualitária, com a regência de leis universais de garantia à segurança de todos, consoante ensina a Escola Clássica. Posteriormente, encontrou respaldo em preceitos científicos circunscritos em medição, objetividade e causalidade que, para a Escola Positiva, condicionam a percepção do fenômeno criminoso (ANDRADE, 2003, p. 51/63).

Sob os postulados da Escola Clássica, o iluminismo despontou, durante a reforma penal do século XVIII, como expressão do princípio da igualdade. Segundo esse preceito, o delinquente não é um ser diferente dos outros, da mesma forma que o crime não advém de causas naturalísticas. O delito surge do livre arbítrio de que cada indivíduo dispõe nos limites do contrato social. A função da pena se associava às ideias de utilidade e de necessidade, tudo em conformidade com o princípio da legalidade (BARATTA, 2002, p. 31).

A Escola Clássica foi responsável pela projeção dos ideais filosóficos e do *ethos* político do humanismo racionalista sobre a problemática do delito. Tomando a racionalidade do ser humano como pressuposto, admitiu apenas o questionamento acerca de eventual irracionalidade das estruturas de controle, especialmente a lei. Essa compreensão do fenômeno criminal consubstanciou o patrimônio comum de autores que, por toda a Europa, promoveram o movimento iluminista (DIAS; ANDRADE, 1997, p. 08).

A delimitação do “Direito Penal do fato” surgiu do programa clássico, assentado na concepção liberal de livre arbítrio e de responsabilidade moral. Tal como rege o princípio da legalidade das penas e dos delitos, a gravidade objetiva do crime e a imputabilidade do infrator consubstanciam a medida para uma punição dosimétrica, como retribuição proporcionada ao crime (ANDRADE, 2003, p. 59).

Os ensinamentos da Escola Clássica emergiram, assim, como manifestação do jusnaturalismo, em que o crime configura mera infração à lei, um fato individual, isolado. A contradição com a norma jurídica caracteriza o delito, mostrando-se desimportante qualquer alusão aos caracteres particulares do autor do crime. Torna-se decisivo o fato e não o sujeito. “A imagem do homem como ser racional, igual e livre, a teoria do pacto social, como fundamento da sociedade civil e do poder, assim como a concepção utilitária do castigo, não desprovida de apoio ético, constituem os três sólidos pilares do pensamento clássico” (GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, 2006, p. 135).

Mesmo com todo o esforço de coerência empreendido, o pensamento iluminista paralisou-se diante da contradição política entre o princípio da igualdade e a distribuição desigual das oportunidades sociais. Permitia-se que, paralelamente à afirmação da racionalidade acerca das ações criminais como consequência do livre arbítrio, avançasse uma compreensão do criminoso como um ser que não havia se desenvolvido plenamente, mais parecido a um selvagem ou a uma criança que a um homem civilizado e maduro, este identificado na figura do homem burguês. Tal entendimento lançou as bases do caráter pedagógico tipicamente positivista no âmbito criminal (PAVARINI, 2002, p. 35).

Um século se passou e o clima político-intelectual do estudo do crime sofreu profundas transformações. As expectativas otimistas depositadas nas reformas penais que o iluminismo incentivou faliram. Em face de um incremento cada vez maior e mais diversificado da criminalidade, a tônica da investigação do fenômeno criminal se transmudou do sistema legal, apoiado nos princípios da legalidade e da igualdade, para o ser do delinquente e para as causas do crime. Nesses parâmetros, consolidou-se a Escola Positiva e a busca de créditos de cientificidade próprios do determinismo criminológico (DIAS; ANDRADE, 1997, p. 10-11).

A reação da Escola Positiva representou uma reação à compreensão de que o crime se vincula a uma tese indemonstrável de uma causação espontânea por meio da manifestação do livre arbítrio. A resposta das causas do delito está na totalidade biológica e psicológica do sujeito e na totalidade social determinante da vida do indivíduo (BARATTA, 2002, p. 38). Conforme ensina Alessandro Baratta (2002, p. 39), “o delito era reconduzido assim, pela Escola Positiva, a uma concepção determinista da realidade em que o homem está inserido, e da qual todo o seu comportamento é, no fim das contas, expressão”. O determinismo positivista sucedia então o iluminismo clássico.

O foco se voltou para os significados subjetivos da ação desviante, “em sempre crescente detalhe microscópico”, negando-se ao criminoso qualquer domínio consciente de seus atos, investigados sob os parâmetros da ideologia da classe dominante. Variantes de tempo e de espaço são desconsideradas na perspectiva do determinismo biológico, permanecendo o comportamento do desviante traçado de acordo com sua pré-disposição natural (TAYLOR; WALTON; YOUNG, 1980, p. 04).

Tendo como ponto de partida o método experimental, centrado nas ciências naturais e posteriormente generalizado para as ciências sociais, o modelo biocriminológico se amparou em três pilares: o determinismo causal, a objetividade da ciência e a quantificação da conduta. Especificamente no que se refere ao determinismo, estabelecido como lei geral da natureza, tornam-se relevantes não apenas os fenômenos físicos, mas também os humanos. O comportamento humano passou a ser encarado como ordenado por leis causais, como relações determinantes internas e fruto de forças não conhecidas e impassíveis de controle pelo indivíduo. O comportamento é a tradução da natureza mesma do caráter do sujeito (bom ou mau, violento ou pacífico). A missão do cientista é, nesse rumo, a de um perito estudioso das relações intrínsecas determinantes de específicos fenômenos do comportamento, com dedicação em descobrir as causas que encerram as manifestações humanas e identificar as distorções internas responsáveis pela deformação da conduta. O próximo passo é a indicação de medidas terapêuticas aptas a alterar, reduzir ou eliminar a anormalidade do comportamento degenerado. A objetividade científica é decorrência óbvia do determinismo causal. Suas leis gerais detêm um caráter objetivo, necessário e independente da vontade individual, fornecendo as bases para a objetividade do conhecimento organizador das relações de causalidade em categorizações abstratas (CIRINO DOS SANTOS, 1984, p. 21).

A objetividade científica reclama a neutralidade do cientista, numa postura de superioridade e de independência no que tange a questões de valor, relegadas aos políticos. Determinismo e verdade científica estão, portanto, atrelados. Essa verdade se purifica com a imparcialidade absoluta do pesquisador que, desprovido de partidarismos e preconceitos, efetua a verificação regular de fenômenos empíricos para subsidiá-lo na formulação de leis gerais da realidade petrificadas em conhecimento científico positivamente comprovado. A generalização produz então a quantificação, tão cara às ciências físicas e biológicas, como critério geral de verdade científica. Mas, no campo das ciências humanas, torna-se necessário quantificar condutas, o que acaba transformando o ser humano em cobaia de um experimento em que a produção da ciência se transforma em fim em si mesmo. Ignora-se a limitação provocada pela instabilidade e pela inconstância dos fenômenos observados (CIRINO DOS SANTOS, 1984, p. 22).

Esse quadro de predomínio da cientificidade denotou a racionalização e a burocratização do processo penal como os acontecimentos mais importantes, no âmbito da

punição, dos séculos XIX e XX, com a constante de sempre demandarem o discurso das ciências sociais. O castigo moderno passou a exigir uma atitude “racional” e “científica” dos profissionais da administração penal e dos criminólogos, que pretendiam definir a penalidade sem interferências de ordem moral ou emocional. A criminologia permaneceu a cultivar o desejo iluminista de curar os males sociais com a aplicação da razão. Seu surgimento expressou e reforçou a lógica administrativa proeminente no século XIX, quando o “sentimento público” passou a ser rechaçado em favor da eficiente operação do sistema penal, instrumentalizada pela racionalidade (GARLAND, 1999, p. 212/218).

O papel dessas “mistificações positivistas” é destacado por Juarez Cirino dos Santos (2008, p. 28) como mecanismos de disfarce do objetivo oculto do controle social do Estado, dedicado a consolidar uma constante ameaça contra as classes sociais economicamente exploradas e politicamente dominadas. Escudado num pseudocientificismo, o castigo recrudescer com intensidade progressiva.

Ainda que não tenham sobrevivido, para a atualidade, os parâmetros metodológicos das teses antropológico-causais, persistem muitos de seus elementos no tocante às linhas de força de sua ideologia político-criminal. Por isso, a individualização judicial da pena, como se indicará na segunda parte desta dissertação, trabalha primordialmente com o enfoque medicalizado da natureza delincente. Nas palavras de Jorge de Figueiredo Dias e de Manuel da Costa Andrade (1997, p. 18), “estamos a pensar sobretudo na chamada *ideologia de tratamento*, que de modo algum se pode considerar definitivamente superada e cujos perigos estão longe de se poderem considerar neutralizados”. Com esse entendimento, Baratta (2002, p. 30) pontua que a matriz positivista permanece fundamental na história da disciplina ainda nos dias atuais, não apenas porque o viés patológico continue representado na criminologia oficial, mas também porque as escolas sociológicas que se desenvolveram a partir dos anos 1930 cultivaram a concepção de que a criminologia é, antes de tudo, o estudo das causas da criminalidade. O tratamento diferenciado dado ao delincente pelas leis e pela doutrina encontrou, então, na elaboração desses saberes supostamente empíricos sobre a conduta humana, a legitimação científica de que tanto prescindiam (ZAFFARONI, 2007, p. 11).

Junto aos preceitos positivistas, a essência de um iluminismo ofuscante, produtor de verdades “incontestáveis” sobre a humanidade da legalidade, veiculadas pela Escola Clássica, também se mantém firme, sem que a isso corresponda uma contradição. Na realidade,

conforme esclarece Vera Regina Pereira de Andrade (2003, p. 72), o Direito Penal do autor – da Escola Positiva – não obstaculiza a continuidade discursiva do Direito Penal do fato – próprio da Escola Clássica. Ao contrário, persevera um Direito Penal de conciliação que, ao tempo em que se vê impedido de abandonar as garantias penais liberais oferecidas pelo pensamento clássico, requer uma intervenção sobre a “personalidade perigosa” do delincente, a “personalidade voltada para o crime”, como maciçamente discursam os juízes. Esse fator provoca paradoxos legislativos, porquanto se defende uma função de prevenção especial da pena e uma necessidade de individualização aliadas a concepções herdadas do classicismo, tais como a legalidade, o retribucionismo e a responsabilidade moral. Prossegue Vera de Andrade (2003, p. 73):

Se esta convivência é possível, é porque o antagonismo escolar é mais aparente do que real; ou melhor, é porque se dissolve, na “prática” do controle penal, a luta “teórica” entre as Escolas que, conseqüentemente, não se explica nos limites de seus elementos gnoseológicos internos.

A síntese da alternância de explicações, ora puramente objetivas, à luz do preceito clássico, ora eminentemente subjetivas, no lastro do positivismo, segue como expressão da orientação burguesa comum a tais ensinamentos (TAYLOR; WALTON; YOUNG, 1980, p. 04). Como característica ideológica desse direito burguês, prevalece a abstração da real desigualdade dos sujeitos, fomentando a igualdade formal para reproduzir e legitimar a progressão da desigualdade substancial. Essa abstração implica a dispensabilidade das reais características sociais e antropológicas dos indivíduos (BARATTA, 2002, p. 164). De sujeitos de direito, gradativamente são vistos apenas como objeto da investigação científica, possuidora da verdade e da razão, e como alvos do poder disciplinador, conforme expõe Foucault (2006, p. 183):

Além disso, enquanto os sistemas jurídicos qualificam os sujeitos de direito, segundo normas universais, as disciplinas caracterizam, classificam, especializam; distribuem ao longo de uma escala, repartem em torno de uma norma, hierarquizam os indivíduos em relação uns aos outros, e, levando ao limite, desqualificam e invalidam.

A visão universalizante do delito e da reação punitiva figura, portanto, como denominador comum. Característica da explicação científica do crime e do criminoso, constitui ainda elemento constante de toda a criminologia liberal contemporânea, a qual ainda insiste em entender que as normas e os valores sociais “são universalmente compartilhados,

válidos a nível intersubjetivo, racionais, presentes em todos os indivíduos, imutáveis” (BARATTA, 2002, p. 58/87).

Os modelos clássico e positivista perduram e, se não mais está caracterizada uma alternância, é admissível falar em coexistência de preceitos de uma e de outra vertente, a depender da conveniência oferecida por cada uma delas para a legitimação do exercício do saber-poder penal detentor da verdade científica.

Enquanto a universalidade jurídica da sociedade moderna simula a fixação de limites para o exercício dos poderes, a energia disciplinadora promove o funcionamento de uma maquinaria simultaneamente imensa e minúscula. Esta baseia, reforça e multiplica a assimetria das forças, desprezando os limites que, a pretexto de garantir os direitos, acaba por suplantá-los. A própria linguagem legal que se aparenta universal representa a eficácia do discurso imposto por uma classe à outra, a despeito da divergência das ideias e mesmo das palavras. “A lei e a justiça não hesitam em proclamar sua necessária dissimetria de classe” (FOUCAULT, 2006, p. 184/229-230).

A diferença entre a programação normativa e a realidade motiva a conclusão de Eugenio Raúl Zaffaroni (2001, p. 12) no sentido de que o discurso jurídico-penal ancorado num antiquado arsenal de repetidas racionalizações já não mais atinge o objetivo de ocultar a dor e a morte que o sistema penal semeia. Isto é, “achamo-nos, em verdade, frente a um discurso que se desarma ao mais leve toque com a realidade”. Essa mesma racionalidade deveria conferir legitimidade ao sistema penal, que se quer mostrar como um exercício do poder racionalmente planejado. Entretanto, da constatação de que o discurso racional não dialoga com a realidade, surge a constatação de que tal razão é falsa, da mesma forma que também é ilusória sua legitimidade (ZAFFARONI, 2001, p. 16).

A fuga, própria da razão jurídico-penal, é ainda responsável por uma “esquizofrenização” do saber jurídico, fundamentado num terreno esotérico, tão distante da realidade que “se inventa até limites nos quais o jurista fica reduzido a um racionalizador dos conteúdos verdadeiramente delirantes do legislador” (ZAFFARONI, 2001, p. 42). É por essa via que Zaffaroni (2001, p. 163) sustenta a inadmissibilidade de um discurso envolto por ficções e metáforas para o qual se inventa o que lhe falta, com a transposição do que não lhe

corresponde. Assim, se o discurso jurídico-penal apresenta lacunas, é de se discutir sua adaptação à realidade, fato que o torna descartável, portanto.

Para a validação da ação do Estado no exercício de seu poder de controle social, a verdade científica é colhida de qualquer orientação que demonstre um mínimo de plausibilidade. Não há compromisso com coerência epistemológica, tornando-se bastante a racionalização das prescrições sancionadoras do poder penal, à conta de relações de causalidade, verdades e científicisms que não são nada além de máscaras para a perpetuação de práticas punitivas violentas e pretensamente legitimadas.

Quanto ao predomínio de um Direito Penal do autor ou de um Direito Penal do fato, a obscuridade e o entrelaçamento de ambos fazem com que não se despoite nenhum deles. A perspectiva reducionista das duas correntes e o determinismo reinante acenam para um Direito Penal do ator, numa visão primária de um indivíduo que segue religiosamente o roteiro que lhe foi imposto, num contexto em que o sujeito não tem controle sobre sua própria vivência, atuando como uma peça de uma trama pré-estabelecida. De acordo com a explicação de Zaffaroni (2001, p. 226):

O que se pretende, enfim, é escolher, com base em um certo perfil estereotipado, alguém apto a assumir um papel, introjetá-lo e vivê-lo até o fim.

Se um diretor teatral, mesmo exigindo pouco de seus atores, emprega demasiado esforço na seleção dos mesmos com vistas aos personagens a serem representados, fácil é deduzir o cuidado que este aspecto merece por parte do sistema penal.

Consoante estipula a natureza determinada do ato criminoso, o delinquente – o ator – é compelido inexoravelmente a infringir as normas porque o desvio está determinado por fatores operantes de um passado distante do indivíduo. No instante em que se possa atingir a atividade do sistema nervoso autônomo ou a estrutura cromossômica do desviante, “isto é ciência!”, nas palavras irônicas de Jock Young (1980, p. 76), que continua: “assim, às circunstâncias presentes é dada, somente, relevância tangencial, e a explicação é individualizada na história passada do ator solitário”.

Uma vez que a ação e a escolha individual são reduzidas a tendências psicológicas, fisiológicas ou genéticas pré-fixadas, o desvio se caracteriza como produto de “essências”, sem significação além de uma formação mental atomizada ou de uma simples estrutura

corpórea. O reducionismo se alia ao cientificismo que, por sua vez, alimenta-se da análise de fatores causais como medida da respeitabilidade científica proporcionada pela neutralidade do perito. As interpretações do próprio ator somente ganham crédito como um dentre tantos outros fatores que o determinam (YOUNG, 1980, p. 76-77).

Esse quadro se forma a partir da compreensão do sujeito humano e das próprias formas de conhecimento como dados previamente definidos, pressupondo que as condições econômicas, sociais e políticas da existência não vão além de se guardarem nesse sujeito definitivamente dado (FOUCAULT, 2005, p. 08).

As formas jurídicas e sua evolução no campo do direito penal se firmaram como lugar de origem de um determinado número de formas de verdade (FOUCAULT, 2005, p. 12). Na esteira dos lineamentos expostos por Friedrich Nietzsche, Foucault (2005, p. 14) defende que o conhecimento é uma invenção, assim como a religião, a poesia e o ideal não têm origem. Ao contrário, foram inventados, fabricados, produzidos por uma série de mecanismos de controle social⁹. Assim, de acordo com Foucault (2005, p. 16):

O conhecimento foi, portanto, inventado. Dizer que ele foi inventado é dizer que ele não tem origem. É dizer, de maneira mais precisa, por mais paradoxal que seja, que o conhecimento não está em absoluto inscrito na natureza humana. O conhecimento não constitui o mais antigo instinto do homem, ou, inversamente, não há no comportamento humano, no apetite humano, no instinto humano, algo como um germe do conhecimento. [...] o conhecimento é simplesmente o resultado do jogo, do afrontamento, da junção, da luta e do compromisso entre os instintos. É porque os instintos se encontram, se batem e chegam, finalmente, ao término de suas batalhas, a um compromisso, que algo se produz. Este algo é o conhecimento.

Para Nietzsche, as normas não são fora da vida, de modo a determiná-la e a dominá-la. A vida é a origem das normas, sendo que o forte cria as próprias normas e o fraco da crença é necessariamente um ser dependente. Foucault se inspira em Nietzsche¹⁰, continuando

⁹ Foucault (2005, p. 102) aponta o início da sociedade disciplinar a partir do industrialismo, no momento em que “esses novos sistemas de controle social agora estabelecidos pelo poder, pela classe industrial, pela classe dos proprietários foram justamente tomados dos controles de origem popular ou semi-popular, a que foi dada uma versão autoritária e estatal”.

¹⁰ Sobre a existência apriorística do conhecimento, diz Nietzsche (2005, p. 105): “Defendamo-nos de supor totalmente a existência *a priori* de uma coisa tão bem definida como o movimento cíclico das constelações próximas da Terra; um olhar para a Via Láctea já basta para que nasçam dúvidas, para que nos perguntemos se não haverá ali movimentos muito mais grosseiros e muito mais contraditórios, astros cuja trajetória desenha eternamente a reta, e outros fenômenos do mesmo gênero. A ordem astral em que vivemos é algo excepcional [...]. Mas o caráter do mundo é, pelo contrário, o de um caos eterno, não pelo fato da ausência de uma necessidade, mas pela ausência de uma ordem, de encadeamento de forma, de beleza, de sabedoria e de toda a

a discussão sobre o conhecimento moderno em que o ser humano se torna o objeto. A ciência não libera, escraviza. Nesse contexto, o pensamento de Foucault é uma arqueologia do saber, uma ligação específica entre o saber e o poder modernos (MÍLOVIC, 2004, p. 115).

Segundo ele, a produção da verdade não contempla a adequação do objeto numa relação de assimilação. Adversamente, prevalece uma relação de distância e de dominação, a partir do que o conhecimento esquematiza e ignora as diferenças “sem nenhum fundamento de verdade”, sempre mirando agressivamente indivíduos, coisas e situações (FOUCAULT, 2005, p. 22/25). “A relação verdade-poder é essencial a todos os mecanismos de punição, e se encontra nas práticas contemporâneas da penalidade” (FOUCAULT, 2006, p. 47). Por esse rumo, Zaffaroni (2007, p. 40) sarcasticamente trata da sede de verdade que marca a construção dos saberes:

A ignorância será o *mal* e o saber o *bem*; todo saber abrirá a consciência e libertará, toda ignorância será escravizante, o saber é sempre luminoso e progressista, a ignorância é obscura e atrasada. Portanto, nada pode deter a marcha do acesso à *verdade* e, assim, o insaciável *apetite de verdade* – para não dizer *glotoneria e voracidade de poder* – do sujeito cognoscente seguirá em frente, sem deter-se diante da violência sobre o objeto de conhecimento. O sujeito cognoscente, por essência, estará sempre num plano superior ao do objeto de conhecimento, pois assim o requer a própria estrutura desta forma de conhecimento.

As operações necessárias à inteligibilidade se estabeleceram com a necessidade de ordenar os fenômenos a partir da eliminação da desordem, afastando o incerto, de modo a selecionar os elementos da ordem e da certeza, a precisar, a clarificar, a distinguir, a hierarquizar. Tudo isso provoca uma cegueira no âmbito científico (MORIN, 2005a, p. 13).

Ao fim, o direito penal do século XX se fundamentou em teorizações que discorriam sobre a periculosidade própria de alguns seres humanos, numa visão reducionista, produzindo a necessidade de lhes impor a segregação ou mesmo a eliminação e ocultando a reificação dos “perigosos” mediante racionalizações. O objeto do conhecimento é o próprio ser humano. Para que se preserve a condição de dominação, não resta outro recurso que não seja a hierarquização dos indivíduos, o que traz consigo a discriminação e a crueldade

estética humana. [...] como poderemos permitir-nos censurar ou louvar o Universo? Defendamo-nos de lhe censurar uma insensibilidade ou falta de razão, ou o contrário destas coisas: ele não é perfeito, nem belo, nem nobre, e não quer transformar-se em nada disso; não procura de maneira alguma imitar o homem! Não é sensibilizado por nenhum dos nossos juízos estéticos e morais! Não possui instinto de conservação ou qualquer instinto e ignora também toda a espécie de leis. Defendamo-nos de dizer que existam leis na natureza. Existem somente necessidades: nela não há ninguém que ordene, ninguém que obedeça, ninguém que infrinja”.

(ZAFFARONI, 2007, p. 18/41). As relações de poder dão lugar a um saber possível. Em contrapartida, o saber reconduz e reforça os efeitos de poder, consubstanciando a base sobre a qual técnicas e discursos científicos foram construídos, a se pretender a priorização das demandas morais do humanismo (FOUCAULT, 2006, p. 28).

A cegueira se instaura e o racional sujeito de direito, à luz da primazia da igualdade, é reduzido a objeto do saber-poder detentor da verdade científica.

1.2.2 O predomínio da etiologia nas práticas penais

O cenário de prevalência de determinismo e de racionalização, como forma de conferir legitimidade científica à atuação violenta e desumana do sistema penal, transparece a predominância da etiologia nas práticas penais ao longo dos séculos XIX e XX, a se estender para o século XXI como referência de um modo ainda consistente de se exercitar o controle penal na contemporaneidade.

As origens desse modelo criminológico remontam à segunda metade do século XIX, quando Cesare Lombroso publicou *L'Uomo Delinquente*, obra que se tornou marco na evolução do viés etiológico de explicação do crime, com a solidificação da premissa de que aquilo que se examina no mundo animal se repete na observação do comportamento humano (LOMBROSO, 2001, p. 73).

A baliza da etiologia está na percepção de que a criminologia pode ser definida como ciência causal-explicativa do fenômeno da criminalidade, com foco na prescrição de vacinas e antídotos para prevenir e reprimir o crime. Nesse quadro, o método experimental e as estatísticas criminais são utilizados como instrumentos de investigação. Tal abordagem resume a missão positivista de explicar o crime a partir do estudo de suas causas. A ciência se torna assim uma arma a serviço do combate à criminalidade (ANDRADE, 2003, p. 75).

O comportamento criminoso é então naturalizado a ponto de se admitir uma distinção de indivíduos e comportamentos essencialmente desviantes, no contexto de uma realidade ontológica, anterior ao próprio direito penal, que apenas teria a função de

reconhecê-la e positivá-la. A criminologia se transforma em instrumento da busca científica das causas do crime (ANDRADE, 1995, p. 24).

O determinismo é a peça motriz da corrente etiológica que implicitamente nega a interferência de caracteres políticos na conduta delitiva. A causa do crime é pré-definida, o que torna suficiente a investigação de causas e fatores individuais e sociais que instam o indivíduo a praticar um crime. É acolhida, desse modo, a hipótese não demonstrada de que a diversidade criminal possui um fundamento ontológico-natural, a partir do consenso de que a ação desviante e o delinquente são realidades naturais. Chega-se ao ponto de se sustentar que a criminalidade pode ser encontrada em todo o reino animal e até mesmo entre os vegetais (PAVARINI, 2002, p. 44).

Por essa concepção determinista, o comportamento humano é expressão da realidade em que está inserido. Para o estudo do fundamento do sistema penal, com a classificação das ações delituosas, não mais merece relevo o delito, como instituição abstratamente considerada e desligada da personalidade do desviante. Ao contrário, a chave para a explicação do fenômeno do delito está no deslocamento do sujeito delinquente para o objeto da investigação científica, a fim de se atingir a máxima meta de purificação de uma classificação tipológica de criminosos (BARATTA, 2002, p. 39).

A etiologia, como estudo das causas do crime, aproxima-se então da etologia, caracterizada como biologia do comportamento que compara e relaciona as condutas humanas. Visa-se à racional diferenciação entre o que é instintivo e o que é aquisição hereditária, sob a premissa de que uma série de processos biologicamente herdados na evolução biológica possa oferecer a resposta para a fisiologia da agressão, dando subsídios à ciência por meio do conhecimento das estruturas fundamentais do comportamento humano (KAISER, 1978, p. 71).

A possibilidade de se alcançar uma resolução científica – e, por isso mesmo, racional – da questão criminal, toma o desviante como indivíduo condicionado ao cometimento de infrações penais, para o qual se voltaria uma engenharia médico-social capaz de remediar o desvio comportamental. A ideologia da defesa social se mostra uma necessidade, porquanto o sujeito que se apresente como incorrigível não oferece outra alternativa que não seja sua eliminação física. É corroborada a imprescindibilidade de se pesquisar o grau de

periculosidade do infrator para a formação do juízo prognóstico a respeito de sua tendência a reincidir em ações criminosas (PAVARINI, 2002, p. 45). Vera de Andrade (1995, p. 25-26) acrescenta:

Este saber causal gerou, pois, um saber tecnológico: não apenas o diagnóstico da patologia criminal, mas acompanhada do remédio que cura.

Instaura-se, desta forma, o discurso do combate contra a criminalidade (o “mal”) em defesa da sociedade (o “bem”) respaldado pela ciência. A possibilidade de uma explicação “cientificamente” fundamentada das causas enseja, por extensão, uma luta científica contra a criminalidade erigindo o criminoso em destinatário de uma política criminal de base científica. A um passado de periculosidade confere-se um futuro: a recuperação.

[...] As representações do determinismo/ criminalidade ontológica/ periculosidade/ anormalidade/ tratamento/ ressocialização se complementam num círculo extraordinariamente fechado conformando uma percepção da criminalidade que se encontra, há um século, profundamente enraizada nas agências do sistema penal e no senso comum.

Assim, a punição segue com sua característica, indicada no século XIX, de não apenas reprimir e segregar o delinquente, com vistas a inibi-lo no que tange à possibilidade de que volte a desviar. A orientação da defesa social reclama da sanção penal um caráter curativo e educativo. A duração da pena se mede, portanto, de acordo com a capacidade do criminoso de se re-educar e corrigir sua conduta (BARATTA, 2002, p. 40).

Não tardou para que as dificuldades acerca da explicação causal do crime fossem refutadas. Em comparação com a realidade social, a fragilidade de seus pressupostos tolera a rápida constatação de que a exacerbada simplicidade de suas formulações se desmancha em face da complexidade do fenômeno da criminalidade. Por mais habilidosos que sejam seus defensores, a multiplicidade de fatores que incidem sobre a conduta humana esvazia o conteúdo da explicação causal, comprometida pela complexa rede de socialização e de controle social que envolve o criminoso. Fica assim obstaculizada a delimitação do que é a causa do comportamento delitivo (KAISER, 1978, p. 144-145).

Como afluente da criminologia positivista, a perspectiva etiológica afasta a discussão acerca dos processos de definição, isto é, ignora os motivos que tornam certas ações criminosas e outras não. Rejeita ainda a análise social do delito para construir uma ciência acrítica, generosa para o intuito de legitimar a ordem punitiva instituída (PAVARINI, 2002, p. 45). A reificação promovida pelo viés etiológico implica a observação de parte dos elementos

escolhidos para construir a teoria da criminalidade. Ao mesmo tempo, são justamente esses elementos selecionados pelos mecanismos institucionais e sociais de definição que são encarados pela etiologia criminológica como irrelevantes para seu objeto de exame (BARATTA, 2002, p. 210).

Nesse sentido, Massimo Pavarini (2002, p. 45) acusa a contradição existente no discurso etiológico, na medida em que admite como criminoso aquele que viola leis penais e em face da verificação histórica de que a legislação penal se modifica ao longo do tempo e de acordo com variações políticas. A criminalidade perde, portanto, seu caráter ontológico, deixando de ser um fenômeno cientificamente analisável. Enfim, os resultados da criminologia são relativos e contingentes, ao invés de universais. Tal conclusão enfraquece as bases etiológicas a partir da observação de que o criminoso é uma realidade cognoscível normativamente, e não sob um ponto de vista natural.

Para superar esse problema, continua Pavarini (2002, p. 45-46), o positivismo penal teve que recorrer ao conceito de consenso social para então naturalizá-lo como forma de tentar preservar seus próprios fundamentos etiológicos. Com isso, emergiu a ideia de que toda a sociedade, de modo perene, expressa valores e crenças incorporadas pela maioria. A naturalidade dessa assertiva é dada em autorização ao argumento de que, não obstante o fato de que os valores mudem ao longo do tempo, nada mudará a força que o consenso da maioria detém. A violação à lei penal traduz uma agressão a esse consenso e, por se constituir minoria, a distinção do criminoso é natural, assim como também é natural a reação da maioria contra o desviante, a quem se deve neutralizar.

Esse modelo consensual da sociedade manifesta o entendimento de predominância de um interesse geral, segundo uma concepção que não problematiza o direito penal, mas sim os indivíduos transgressores, tidos como diferentes, num contexto de sociedade que nutre uma assimetria maniqueísta para clarificar o que é bem e o que é mal (ANDRADE, 1995, p. 26). Assim, a explicação causal da criminalidade não mais satisfazia aos anseios de legitimação das ações punitivas, a partir da simples análise biológico-comportamental de criminosos dissociada de variantes sociais. Desde uma visão acrítica e transcendente da conduta humana ao longo da evolução histórica da sociedade, a criminologia positivista apostou na ideia de distinção entre a maioria responsável pela naturalização de regras sociais – composta por

normais – e a minoria – formada por anormais, desviantes que potencial e naturalmente sempre representam uma ameaça à ordem vigente.

Baratta (2002, p. 30/42) acentua a atualidade, no âmago da sociologia criminal contemporânea, da corrente etiológica da criminologia como estudo das causas ou dos fatores da criminalidade, com vistas ao aperfeiçoamento de medidas corretivas das tendências criminosas, focalizando especialmente o indivíduo infrator. Nesse sentido, o conteúdo ideológico da filosofia imperante toma a ciência jurídica, o aparato punitivo e mesmo a opinião divulgada no cotidiano coletivo, dentro das convenções propostas pelas *every day theories* como teorias do senso comum.

Com o desenvolvimento da abordagem criminológica da reação social, prospera uma série de questionamentos, em substituição total ou parcial desse modelo no plano científico. Todavia, as práticas penais parecem ainda não ter encontrado o mesmo contraponto, pois permanecem mergulhadas numa espiral de pensamento estagnada ao longo de séculos. Nas palavras de Baratta (2002, p. 45):

O atraso da ciência jurídica em face do pensamento criminológico contemporâneo mais avançado é tal que, de fato, obriga a pensar que o mesmo não pode ser hoje recuperado através de uma crítica imanente, ou de uma autocrítica situada no interior da ciência jurídica.

Entretanto, ainda calcado na perspectiva etiológica, o discurso jurídico-penal preserva vínculos ideológicos genocidas mais assustadores que a própria argumentação que o ampara, aparentemente mais científico que nos seus primórdios, quando se expressava em termos abertamente racistas. Na realidade, esse discurso continua focado em ocultar sua matriz positivista e periculosista (ZAFFARONI, 2001, p. 42-43).

1.2.3 Do infrator ao delinquente: o império da normalidade

Na comparação com os íntegros e normais indivíduos respeitadores da lei, os criminosos passam a ser apontados como detentores de características biopsicológicas anormais, em correspondência ao constructo teórico do positivismo penal. Justifica-se assim o caráter curativo da intervenção estatal, voltada para uma minoria anormal na defesa da

maioria normal (BARATTA, 2002, p. 147). A partir do momento em que o dano da anormalidade se instala no indivíduo, suas ações não mais podem ser julgadas em termos de responsabilidade e moral como justas ou injustas, aceitáveis ou inaceitáveis. Contrariamente, seus atos permanecem tomados por alterações imprevisíveis e irracionais, o que os torna parcialmente incompreensíveis e perigosos (BERGALLI, 1983, p. 162).

A aplicação da pena se desloca da representação do sofrimento no ato do castigo para o cotidiano do criminoso, seus gestos, suas atividades, seu corpo e sua alma, fonte de seus hábitos. Assim se conformam os princípios de comportamento propostos à prática punitiva, que passa a mirar a manipulação refletida do indivíduo. A tecnologia do castigo se especializa em ajustar detalhadamente a ocupação do corpo e do tempo do condenado, normalizando seus gestos e suas condutas a partir de regras, estipuladas pelo consenso social. Estas se alinham a um sistema de autoridade e de saber, no cerne de uma “ortopedia” que enquadra os culpados para corrigi-los individualmente (FOUCAULT, 2006, p. 106-107).

Não há lugar para indecisão e descontrole. É necessário dominar a circulação difusa dos indivíduos, sua “coagulação inutilizável e perigosa”, impondo métodos de antideserção, de antivadiagem, de antiaglomeração. As presenças e as ausências devem estar subjugadas para que se possa saber, com exatidão, a localização dos indivíduos. Procura-se o estabelecimento das comunicações úteis e o encerramento das demais porque a conduta dos sujeitos deve ser vigiada de perto. Tal conduta deve ser apreciada, equacionada e, uma vez detectado o desvio, corrigida (FOUCAULT, 2006, p. 123). “Procedimento, portanto, para conhecer, dominar e utilizar. A disciplina organiza um espaço analítico” (FOUCAULT, 2006, p. 123).

O poder disciplinar se apresenta, assim, como forma de apropriar e retirar, mas se valendo do adestramento, para garantir ampla eficácia ao processo de apropriação. A disciplina não tenciona a sufocação de forças. Ao contrário, busca submeter, analisar, diferenciar, decompondo até as singularidades necessárias e suficientes. A disciplina individualiza. Torna aproveitável o que antes era confuso e inútil. Com isso, ocorre a “fabricação” de indivíduos a partir da técnica que os desloca para o objeto de seu poderio, utilizando-os como instrumentos de seu exercício. O poder disciplinar funciona como economia calculada, permanente e perspicaz de controle (FOUCAULT, 2006, p. 143).

A normalização e a disciplina se expressam numa relação de fusão. A militarização de toda a sociedade se soma a tais poderes para representar um ideal de controle social. O ponto de convergência não mais está no estado de natureza, no contrato primitivo, nos direitos fundamentais ou na vontade geral, mas nas engrenagens de uma máquina, nas coerções permanentes, nos treinamentos indefinidamente crescentes, na docilidade automática (FOUCAULT, 2006, p. 142).

“A penalidade perpétua que atravessa todos os pontos e controla todos os instantes das instituições disciplinares compara, diferencia, hierarquiza, homogeniza, exclui. Em uma palavra, ela *normaliza*” (FOUCAULT, 2006, p. 153). A meta normalizadora é tornar passíveis de punição as frações mais tênues do comportamento humano, conferindo aos elementos aparentemente mais indiferentes do aparato disciplinar uma função punitiva. A partir disso, radicaliza e possibilita a punição do menor ato desviante, a fim de que cada indivíduo seja aprisionado numa “universalidade punível-punidora” (FOUCAULT, 2006, p. 149).

Inserir-se essa visão no projeto político de classificar exatamente as ilegalidades, de generalizar a função punitiva e de delimitar o poder de punir para melhor administrá-lo. Com isso, a objetivação do ato cometido e do próprio sujeito se opera para desqualificar o criminoso, visto como um inimigo comum que rompeu o pacto social. Porquanto prossiga a cultivar elementos naturais de selvageria, é o celerado, o monstro, o louco, o doente e, por fim, o anormal. Nesse passo, a partir do instante em que o escopo do poder disciplinar não é tanto a repressão e a prevenção do desvio, mas a própria normalização, o sujeito criminoso se credencia ao enquadramento como objeto de investigação científica, devotada em perseguir tratamentos que corrijam a conduta desviada (FOUCAULT, 2006, p. 85/152).

Independentemente de sua habitualidade, a necessidade de medir internamente os efeitos do poder punitivo para prescrever táticas de intervenção sobre todos os criminosos também motiva as objetivações do sujeito e do crime. Tal tarefa reclama ainda a organização de um campo de prevenção, o cálculo de interesses, a divulgação de representações e sinais, a demarcação de fronteiras de certeza e de verdade e a adequação das penas, segundo o princípio da individualização, a variáveis gradativamente mais sagazes (FOUCAULT, 2006, p. 85). Acerca desse processo de objetivação do ser humano, Foucault (2006, p. 85) complementa:

[...] vemos que a relação de poder que fundamenta o exercício da punição começa a ser acompanhada por uma relação de objeto na qual se encontram incluídos não só o crime como fato a estabelecer segundo normas comuns, mas o criminoso como indivíduo a conhecer segundo critérios específicos. Vemos também que essa relação de objeto não vêm se sobrepor, de fora, à prática punitiva, como faria uma proibição imposta à fúria dos suplícios pelos limites da sensibilidade, ou como faria uma interrogação, racional ou “científica” sobre o que é o homem que se pune. Os processos de objetivação nascem nas próprias táticas do poder e na distribuição de seu exercício.

A normalização se torna cada vez mais requintada para então semear uma outra forma de se analisar o objeto do poder disciplinar: o infrator condenado, de simples autor do ato criminoso, passa a ser observado como delinquente, como indivíduo a conhecer. Essa exigência não emerge de uma necessidade de melhor fundamentar a sentença e de dosar com exatidão a verdade da medida da culpa. É, a partir da condenação, que o infrator, em relação a quem se deve individualizar e aplicar a pena, adquire o *status* de delinquente, como objeto de saber possível, para o qual se move a máquina penitenciária (FOUCAULT, 2006, p. 210).

Desse modo, o delinquente se diferencia do infrator no instante em que sua vida se converte como principal objeto de análise, em detrimento do próprio ato por ele cometido. Impõe-se, portanto, o remanejamento do aparelho punitivo e sua especialização para maximizar seu poder de re-educação do delinquente, totalizando sua existência para transformá-la e normalizá-la. A trama de uma vida deve ser reconstituída para que a menor partícula de sua vivência seja examinada por um saber tecnológico que visa à modificação da conduta desviante mediante a prática coercitiva. Ao fim, edifica-se um saber capaz de distribuir o delinquente em classes quase naturais, a cada uma correspondendo características muito bem delimitadas e tratamentos especializados (FOUCAULT, 2006, p. 211). Sobre a transformação produzida no centro desse saber, Foucault (2006, p. 213) disserta:

Nesse novo saber importa qualificar “cientificamente” o ato enquanto delito e principalmente o indivíduo enquanto delinqüente. Surge a possibilidade de uma criminologia.

O correlativo da justiça penal é o próprio infrator, mas o do aparelho penitenciário é outra pessoa; é o delinqüente, unidade biográfica, núcleo de “periculosidade”, representante de um tipo de anomalia. [...] Onde desapareceu o corpo marcado, recortado, queimado, aniquilado do supliciado, apareceu o corpo do prisioneiro, acompanhado pela individualidade do “delinqüente”, pela pequena alma do criminoso, que o próprio aparelho do castigo fabricou como ponto de aplicação do poder de punir e como objeto do que ainda hoje se chama ciência penitenciária.

Dizem que a prisão fabrica delinqüentes; é verdade que ela leva de novo, quase fatalmente, diante dos tribunais aqueles que lhe foram confiados. Mas ela os fabrica no outro sentido de que ela introduziu no jogo da lei e da infração, do juiz e do infrator, do condenado e do carrasco, a realidade incorpórea da delinqüência que os liga uns aos outros e, há um século e meio, os pega todos juntos na mesma armadilha.

[...] E é essa delinqüência, formada nos subterrâneos do aparelho judiciário, ao nível das “obras vis” de que a justiça desvia os olhos, pela vergonha que sente de punir os que condena, é ela que se faz presente agora nos tribunais serenos e na majestade das leis; ela é que tem que ser conhecida, avaliada, medida, diagnosticada, tratada, quando se proferem sentenças, é ela agora, essa anomalia, esse desvio, esse perigo inexorável, essa doença, essa forma de existência, que deverão ser considerados ao se reelaborarem os códigos.

A delinqüência é manuseada de tal forma que se capacita a iludir as ilegalidades cultivadas pelos grupos dominantes, que anunciam a anormalidade enquanto disfarçam as ilicitudes presentes nos circuitos de lucro e de poder que os envolvem. Ao mesmo tempo, a gestão da delinqüência autoriza uma vigilância perpétua de toda a população. Os delinqüentes se prestam como lentes para a observação de todo o meio social, como um “observatório político” (FOUCAULT, 2006, p. 232-234).

Por essa via, o discurso punitivo, já imerso na visão positivista de delinqüência, investe numa suposta diferenciação fundamental do ponto em que aqueles que cometem crimes ou condutas antissociais são tachados de “monstros”. Contra eles se devem voltar os mecanismos de controle e de punição, na medida em que são distintos de “nós”. Nos termos de uma “narrativa de monstrosidade”, supõe-se assim a naturalidade do desvio para seres diferentes e “monstruosos”¹¹. Tal narrativa, mesmo na sua concepção atual, segue com a noção de incapacidade dos criminosos. Associada à tradição utilitarista da pena, procura preservar o meio social de danos futuros mediante o encarceramento, o isolamento e o controle de seres naturalmente limitados no que toca a sua inserção na sociedade normal (SYLVESTRE, 2008, p. 02/11). A definição de “monstro”, conforme explica Foucault (2001, p. 69-71) é eminentemente jurídica, em sentido amplo, pois o que caracteriza a monstrosidade não é apenas a violação das leis sociais, mas uma agressão às leis da

¹¹ Num contexto em que se simplifica a realidade, a paradoxal convivência de uma “narrativa de monstrosidade” com uma “narrativa de escolha racional” – que se reporta à perspectiva iluminista de igualdade e de predominância do livre arbítrio – ignora desigualdades extremas dentro de uma sociedade pretensamente meritocrática (SYLVESTRE, 2008, p. 03), o que serve como mais um indicativo da grave crise de legitimidade que, há tempo, assola o discurso jurídico-penal.

natureza. O monstro infringe as leis por força de sua própria existência. O anormal é assim um monstro cotidiano, banalizado, “um monstro pálido”.

Tratando dessa concepção da anormalidade, a estratégia de punição demove o sujeito de direito a quem se imputa responsabilidade pelo ato delitivo para substituí-lo por um ser objeto da sanção penal. A partir de uma técnica normalizadora que coloca de lado os indivíduos perigosos para curá-los ou readaptá-los de acordo com seu nível de delinquência, sacramenta-se o poder psiquiátrico de imposição da verdade como técnica autônoma e soberana de normalização na conexão entre o saber médico e o poder judiciário (FOUCAULT, 2001, p. 31).

No Brasil, desde 1833, já se verificava a vocação normalizadora da ação punitiva, mediante a segregação de criminosos. Identificada na Casa de Correção da Corte, as prisões-depósito não visavam apenas à exclusão social do preso, mas também a sua disciplinarização pelo aprendizado da obediência e da moralidade por meio do trabalho. Proporcionava-se assim a veiculação de uma reflexão médica sobre a criminalidade, com ações concretas de política criminal que fomentavam um processo de medicalização reforçador da conexão entre doença e crime. Foi nesse momento que a criminologia se assentou como instância de observação dos cárceres, com a confirmação de um saber sobre o criminoso e sua respectiva definição como anormal (RAUTER, 2003, p. 31-32).

A partir de então, não resta alternativa às instâncias de controle penal que não seja a exclusão ou a eliminação dos anormais, na medida em que se verifica a incurabilidade da característica anormal do delinquente. Por esse pensamento vinculado ao atavismo, a responsabilidade moral perde espaço como fundamento do castigo, uma vez que a criminalidade que o indivíduo carrega lhe retira a responsabilidade sobre seus atos. Na evolução do determinismo penal, a anormalidade deixa de ser precisada especificamente na fisionomia do delinquente para caracterizar seu comportamento, seus hábitos, sua vida, como anormalidade moral (RAUTER, 2003, p. 33-35), de acordo com o processo disciplinador-normalizador já descrito por Foucault.

A função da pena também sofre uma modificação quando a recuperação do delinquente não mostra resultados, fazendo com que a tese da defesa social prospere em face da imutabilidade da degeneração moral do criminoso. Nos termos de um darwinismo social

que seleciona as linhagens normais e adequadas de indivíduos aptos para o convívio em sociedade, a punição se torna cada vez mais severa para incentivar a eliminação dos anormais (RAUTER, 2003, p. 36). Ao mesmo tempo, extirpa os seres irremediavelmente desvirtuados, degenerados que atrapalham a marcha normal da evolução social.

Com a não assimilação da reconstrução psicanalítica da criminalidade – mediante a qual se idealizou a sociedade como um imenso laboratório pedagógico para educação social –, o Código Penal brasileiro de 1940¹² opta por reconhecer a anormalidade do criminoso em primazia ao discurso médico-psiquiátrico. Tomando o discurso psicanalítico como carente de cientificidade, característica tão cara à legitimação das práticas penais, volta a declinar sua preocupação com a função terapêutica da pena e com o encarceramento como forma de reinserção social do delinquente (RAUTER, 2003, p. 56).

Efetivamente se torna uma invocação comum entre os magistrados a medicalização de sua profissão e, por consequência, de suas decisões, para institucionalizar em definitivo a função terapêutica da pena, associada à função de repressão. O exame psiquiátrico se consolida como elemento primordial para as práticas judiciárias incumbidas da questão penal. Violando a lei constantemente e ridicularizando o saber médico e psiquiátrico, não se filia nem ao direito nem à medicina. Permanece no limbo, como instituição com regularidade própria que não se dirige a doentes, mas a anormais que não se encaixem nas prescrições e nas conceituações insidiosamente propostas e encobertas pela ideia de delinquência (FOUCAULT, 2001, p. 49-52). “E é na medida em que constitui o médico-judiciário como instância de controle, não do crime, não da doença, mas do anormal, é nisso que ele é ao mesmo tempo um problema teórico e político importante” (FOUCAULT, 2001, p. 52).

Não há uma fronteira clara entre normalidade e anormalidade, o que não impede que o poder dos técnicos do saber médico-normalizador propague verdades indiscutíveis, principalmente quando esse conhecimento é aplicado ao caso concreto. Por mais que se procure caracteres físicos e biológicos para a atribuição da anormalidade, tal etiqueta é simplesmente conferida àqueles que encarnam o estereótipo esperado da delinquência, na

¹² Cristina Rauter (2003, p. 70) retrata a “inovação” inserida no âmbito jurídico-penal brasileiro com o advento do Código Penal de 1940: “[...] a intervenção da criminologia junto ao direito penal resulta em que este passe a ter feição disciplinar, ou seja, que incorpore a tecnologia disciplinar às práticas judiciárias tradicionais. No Brasil, este processo tem características peculiares. O Código Penal de 1940 traz consigo duas inovações, produtos do desenvolvimento da ciência da criminologia: o critério da periculosidade para a aplicação da pena e o dispositivo da medida de segurança”.

imagem de uma representação social daquilo que deve ser publicamente evitado (BERGALLI, 1983, p. 161-162).

Conforme destaca Cristina Rauter (2003, p. 57-58), o discurso criminológico brasileiro que trata da anormalidade autoriza o Poder Judiciário a formular sua percepção sobre a anormalidade do criminoso no teor da transgressão à lei. O objeto da questão judiciária coincide com ilegalidades populares “contrárias às autoridades constituídas, à moral burguesa e aos interesses de propriedade”. No entanto, o Judiciário continua a se apresentar como instância neutra, responsável por defender a sociedade em plano genérico, apesar das diferenças discursivas sobre a criminalidade mais desenvolvida no seio de grupos sociais mais afortunados em contraste com a articulação reafirmada entre pobreza e delinquência na avaliação acerca das causas sociais do desvio criminal.

Assim como permanece atual a vertente etiológica da criminologia, o direito penal contemporâneo, referenciado na ideologia da defesa social, persiste em definir a si próprio como direito penal do tratamento, celebrando o ideal de re-educar ou reinserir o delinquente no seio da sociedade normal (BARATTA, 2002, p. 168). Por outra abordagem, a etiologia veicula a ideia, apontada por Young (2002, p. 21), de que não se abomina o “outro”, que tampouco é visto como inimigo externo, mas muito mais como alguém que deve ser “socializado”, “reabilitado”, “curado” até ficar como “nós”. O “outro” não é um estrangeiro, é alguém a quem falta os atributos do observador. Falta-lhe civilização, ou socialização, ou sensibilidades.

Dessa maneira, firme sobre esses pilares, as instituições de controle penal propagam a estereotipia como estratégia tranquilizadora por meio da qual se busca em algum caractere natural do delinquente a causa para o cometimento de crimes, conforme se observará na segunda parte desta pesquisa. “Estratégia ou pretexto que, por outro lado, carece de apoio real, pois são tantos os sujeitos ‘anormais’ que não delinqüem como os ‘normais’ que infringem as leis” (GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, 2006, p. 66).

1.3 ESTIGMATIZAÇÃO E ELIMINAÇÃO DA DIFERENÇA

O processo que leva um indivíduo a ser socialmente rejeitado passa pela imposição de um estigma e por sua seleção, finalmente chegando à sua exclusão. Primeiramente, a estigmatização daqueles que estão em estratos político-econômicos da sociedade visa facilitar a identificação da marca deletéria de um sujeito que merece ser apartado do meio social normal. Em seguida, o programa repressor seleciona o estigmatizado, que passa ser o cliente e o sentido do sistema penal, dedicado a impor toda sua força punitiva sobre os selecionados para esconder sua benevolência em relação a quem já se tornou imune ou impune a sua atuação. Ao final, o êxito dessa perspectiva se concentra no fortalecimento da coesão social mediante a homogeneização dos valores e dos sujeitos que compõem esse corpo uno. Faz-se necessário estabelecer quem é “cidadão”, em relação a quem se deve preservar todas as garantias constitucionais, e quem é inimigo, criatura que, em nome da defesa da sociedade, deve ser eliminada porque já não mais convém sua incômoda existência. Enfim, estigmatiza-se, seleciona-se e exclui-se. Diferencia-se para eliminar.

1.3.1 O estigma do criminoso

O consectário imediato da estratégia racional de criação da verdade científica acerca da natureza do delinquente é a estigmatização. Esta se capacita a diferenciar os indivíduos socialmente indesejáveis de acordo com a funcional instrumentalização do ato de neutralizar a anormalidade. Por esse caminho, exclui e elimina aqueles que carregarão consigo a indelével marca de delinquente, de degenerado social.

A categorização de pessoas responde a uma demanda de naturalizar atributos comuns às categorias sociais estabelecidas, nos termos de uma previsibilidade de condutas e de caracteres que permitam a construção de uma identidade social. A partir disso, as concepções afirmadas se apresentam como expectativas normativas – identidade social virtual – dentro da categoria. Quando um indivíduo demonstra alguma característica – identidade social real – que o diferencia da previsão normativa estipulada no meio social, ocorre uma divergência entre o que é esperado e o que é evidenciado. Rebaixa-se o indivíduo, que passa de um ser normal a uma criatura depreciada, desacreditada, um estranho, enfim (GOFFMAN, 1988, p. 12). Esse fenômeno é caracterizado por Erving Goffman (1988, p. 12-13):

Tal característica é um estigma, especialmente quando o seu efeito de descrédito é muito grande – algumas vezes ele também é considerado um defeito, uma fraqueza, uma desvantagem – e constitui uma discrepância específica entre a identidade social virtual e a identidade social real. [...] O termo estigma, portanto, será usado em referência a um atributo profundamente depreciativo [...].

A potencialidade da estigmatização emerge do poder que os grupos sociais detêm de criar regras¹³, estabelecer uma relação de causação entre desvio e infração e rotular o desviante como um ser à margem, um *outsider*. Dentro do campo de escolhas estratégicas, o desvio pode ser encarado não como uma qualidade do ato cometido, mas como o êxito da rotulação imposta àquele comportamento que implica, por sua vez, o sucesso de atribuição do rótulo de desviante ao indivíduo (BECKER, 2008, p. 22). Com o desenvolvimento dessa abordagem, a teoria da rotulação¹⁴ se assentou como uma concepção do fenômeno da criminalidade que trouxe uma mudança de enfoque em relação à criminologia positivista, ao priorizar a subjetividade e as questões de valor e de interesse e desprezar a explicação causal do crime, própria da orientação etiológica (CIRINO DOS SANTOS, 2008, p. 18).

Por esse prisma, informa a teoria da rotulação que, para que se aperfeiçoe o processo de estigmatização, não importa que a atribuição do rótulo seja infalível, tampouco que os indivíduos estigmatizados componham uma massa homogênea. Ao contrário, não se pode supor de um grupo de *outsiders* que todos realmente tenham violado alguma regra, da mesma forma que nem todos que transgridem são rotulados como tal. De acordo com essa perspectiva, “à medida que a categoria carece de homogeneidade e deixa de incluir todos os casos que lhe pertencem, não é sensato esperar encontrar fatores comuns de personalidade ou situação de vida que expliquem o suposto desvio” (BECKER, 2008, p. 22).

Essa inconstância na distribuição do estigma deriva do fato de que o reconhecimento de um ato como desviante depende de como as outras pessoas reagirão a ele. A mera ofensa à

¹³ “Como são regras não admitidas juridicamente, mas existem, constituem meta-regras que estão associadas aos estigmas. É por isso que os estigmas atuam como se fossem regras de discriminação: porquanto são indissociáveis” (BACILA, 2005, p. 25).

¹⁴ A despeito de sua contribuição no que tange ao movimento de contraposição à metodologia reificante e mecânica do positivismo penal – o que demarca sua importância no estudo dos processos de criminalização –, a teoria da rotulação, ou teoria da sociologia do desajuste, apresenta limitações por circunscrever sua abordagem ao nível descritivo, abstendo-se de adotar uma postura crítica acerca dos mecanismos de exploração no âmbito das polaridades das relações de poder (CIRINO DOS SANTOS, 2008, p. 24). No mesmo sentido, Roberto Bergalli (1983, p. 176), especificamente tratando do enfoque de Goffman, afirma que a sociologia do desajuste propôs uma condição humana parcial, truncada e funcional para a ideologia da nova burguesia, todavia, ressalta a importância da investigação por essa corrente para a denúncia criminológica da realidade punitiva.

norma não acarreta a atribuição da condição de *outsider*, assim como a circunstância de não ter incidido na violação não lhe garante imunidade contra a rotulação. A gradação de força da reação social contra o desvio se subordina a diferentes variáveis que vão traçando as condições de maior probabilidade de sofrer a estigmatização (BECKER, 2008, p. 25).

Howard S. Becker (2008, p. 25) segue sua análise com a descrição desse fenômeno a partir da indicação de elementos que consubstanciam a seletividade penal. Para ele, os estudos de delinquência juvenil evidenciam que adolescentes de classe média estão bem mais longe de um processo judicial que jovens de bairros miseráveis, ainda que o ato infracional seja exatamente o mesmo. A mesma diferenciação ocorre quando se mensura a força com que a atuação estatal age sobre um negro em comparação com a mesma atuação sobre um branco que tenha cometido o mesmo crime nas mesmas circunstâncias. Enfim, a reação à violação das regras impostas por um grupo dominante obedece a critérios de natureza econômica e política, a partir da desigualdade de poder existente entre aqueles que rotulam e aqueles que são rotulados.

A caracterização de inferioridade do *outsider* traz como contrapartida a ideia de superioridade invocada pelos estabelecidos¹⁵. Entendendo os *outsiders*, assim rotulados, como seres de menor virtude, respeitabilidade e humanidade, cabe-lhes a imposição da exclusão social de modo que o nível de interrelacionamento se restrinja a um contato unicamente profissional. Tal situação se consolida mediante finas redes de controle social especializadas na exclusão e na estigmatização como poderosas armas para que os estabelecidos busquem a preservação de sua identidade e a afirmação de sua superioridade, “mantendo os outros firmemente em seu lugar” (ELIAS; SCOTSON, 2000, p. 20-22). Também por esse motivo, as prisões são mantidas em locais distantes das regiões centrais, em locais literalmente à margem da sociedade, diante do medo de que a “sujeira humana” contamine os “cidadãos de bem” (COMBESSIE, 2003, p. 144).

Norbert Elias e John L. Scotson (2000, p. 23) asseguram que o cerne da questão referente à estigmatização está no instável equilíbrio de poder e nas tensões que lhe são inerentes. Um grupo somente se estrutura como estabelecido quando concentra poder suficiente para uma eficaz exclusão dos *outsiders*. Essa eficácia pressupõe uma resignação

¹⁵ Norbert Elias e John L. Scotson (2000) trabalham com a categoria de *estabelecido* em oposição à categoria de *outsider*.

que vai assolando o grupo de excluídos, de acordo com a penetração do caráter de inferioridade humana na autoimagem dos *outsiders* que se enfraquecem na medida em que se distanciam dos núcleos de disposição do poder.

Acerca da estigmatização desenrolada no âmbito penal, Zaffaroni (2001, p. 134) expõe que o indivíduo começa a assumir a imagem que lhe é imposta pelos órgãos punitivos, a ponto de se converter em colaborador da manutenção do sistema penal. Dessa maneira, ainda que o sujeito não tenha infringido nenhuma norma, caso se encaixe no estereótipo de delinquente, passa a ser tratado “como se fosse” até o instante em que a imagem deteriorada se incorpora no indivíduo que, se antes era tratado “como se fosse”, acaba efetivamente “sendo”. Com isso, Hulsman (1997, p. 69) manifesta sua preocupação: “o sistema penal cria o delinquente, mas, agora, num nível muito mais inquietante e grave: o nível de interiorização pela pessoa atingida do etiquetamento legal e social”.

Os processos de reação social, em nível informal, somam seu vigor com o dos mecanismos de marginalização perpetrados pelos órgãos institucionais. Juntos, reforçam o distanciamento social e o isolamento da população criminosa do restante da sociedade. Qualquer movimento de solidariedade para com os condenados é inibido, assim como também se diluem tentativas de cooperação entre os estigmatizados. No âmbito da reação informal, a estigmatização se prolifera por meio das definições e das teorias do senso comum, que estimulam a gestão institucional de distribuição da criminalidade com suas consequências estigmatizantes (BARATTA, 2002, p. 180).

As regras que sintetizam o padrão de normalidade são falsas, uma vez constatado seu distanciamento da realidade. Todavia, apresentam um aspecto de funcionalidade para aqueles que inventaram as normas porque se prestam como importantes fatores de isolamento social dos estigmatizados, num processo que constitui uma verdadeira neutralização institucional quando o estigma eficazmente anula o inimigo (BACILA, 2005, p. 25-30). Em outras palavras, “o estigmatizado é o alvo a ser atingido” (BACILA, 2005, p. 116).

Por esse rumo, o sistema penal fabrica o estereótipo¹⁶ do delinquente e posteriormente procura aqueles que se enquadram nesse estereótipo. Tendo em vista a

¹⁶ Na América Latina, o estereótipo se resume principalmente na imagem do homem jovem de classes pobres (ZAFFARONI, 2001, p. 131). No Brasil, a cor da pele refina esse estereótipo, tornando-se decisiva para a impressão da imagem do delinquente: jovem, pobre e negro.

possibilidade criada de catalogação de criminosos, autoriza-se a combinação da imagem vislumbrada no indivíduo com a descrição artificial do desviante. Esse processo se desenvolve de forma seletiva, desconsiderando os autores de outros ilícitos penais, como a criminalidade do colarinho branco, a dourada e a de trânsito (ZAFFARONI, 2001, p. 130). Em suma, “a discriminação no exercício do poder punitivo é uma constante derivada de sua seletividade estrutural” (ZAFFARONI, 2007, p. 81).

A condição de *outsider* de um delinquente se reforça diante da transgressão de uma norma legal, sob o pressuposto de que tal regra, por não ser mera convenção, traduz uma vontade comum da sociedade de respeito ao valor inserido na lei penal. A condenação criminal efetivamente marginaliza o desviante. Mas tal consequência se condiciona à natureza da infração, pois o grau de tolerabilidade das condutas criminosas varia na medida em que esses atos se aproximam do comportamento correntemente observado no âmbito das ações dos grupos dominantes. Tal fato se exemplifica na clara discrepância entre a condição humana de alguém que é condenado por um crime patrimonial comum e a de quem comete um crime de colarinho branco. Por essa via, Ela Wiecko Volkmer de Castilho (1998, p. 46) ensina que “o *status* conferido a certos indivíduos por parte daqueles que detêm o poder de criar e de aplicar a lei penal é distribuído desigualmente e está ligado à estratificação e à estrutura antagônica da sociedade”.

Abordando a perspectiva da teoria da rotulação, Cirino dos Santos (2008, p. 20) complementa:

De certa forma, a estigmatização penal é a única diferença entre comportamentos objetivamente idênticos, porque a condenação criminal depende, além das distorções sociais de classe, de circunstâncias de sorte/azar relacionadas a estereótipos criminais, que cumprem funções sociais definidas: o criminoso estereotipado é o “bode expiatório” da sociedade, objeto de agressão das classes e categorias sociais inferiorizadas, que substitui e desloca sua revolta contra a opressão e exploração das classes dominantes.

Como “bodes expiatórios”, os delinquentes estigmatizados possibilitam o reconhecimento individualizado de uma culpabilização que não se quer coletivizada. Mais que isso, satisfazem um conveniente maniqueísmo simplista, tanto maior quanto mais profundos forem os desequilíbrios econômicos e sociais, que identifica e pune os criminosos solitários ao mesmo tempo em que afirma a “inocência” coletiva. Absolve-se assim os

autointitulados “cidadãos de bem”, devidamente diferenciados de quem já foi selecionado pelo sistema penal (KARAM, 2004, p. 89).

Além disso, paira sobre os estigmatizados a acusação de que formam coletiva e individualmente um grupo de anômicos, pois ameaçam a integridade das normas que, na realidade, servem para garantir e afirmar o *status* dos estabelecidos. A anomia de um *outsider* provoca o medo de que esse aspecto seja contagioso. O contato com esse ser inferiorizado pode implicar o rebaixamento da condição de estabelecido pela mera proximidade com quem não compartilha dos “valores humanos” cultuados no meio estabelecido (ELIAS; SCOTSON, 2000, p. 26). Não é mero acaso, portanto, que o estigma do condenado avance muito além do completo cumprimento da pena que lhe foi aplicada, caracterizando-o até o fim de sua existência.

Esse estigma segue a fórmula descrita por Goffman (1988, p. 15), segundo a qual um ser estigmatizado não é completamente humano e, por isso, sofre com uma discriminação que gradativamente diminui suas chances de vida. Toda uma racionalização sobre a inferioridade do estigmatizado é elaborada de acordo com uma teoria representativa de uma ideologia que explica o perigo inerente a esse ser desfigurado. Estabelecida a diferença, outras vão surgindo e se somando à original. Por isso, Becker (2008, p. 43) assinala que, para se adquirir o *status* de criminoso, basta ter cometido um único crime, mas, como contraponto, o estigma divulga outras conotações que inseririam outros traços negativos na imagem do indivíduo.

Nesse rumo, a aversão contra o degenerado é racionalizada e, no caso específico da condenação, resume-se no termo “delinquente”, que abarca uma série de preconceitos e que gera uma resposta defensiva da sociedade normal na medida da força do estigma que o criminoso carrega.

Caso a resposta definitiva seja o encarceramento do delinquente, prioridade na aplicação da pena, segundo se comprovará na parte seguinte deste trabalho, atinge-se o ápice do poder deformador da estigmatização do condenado. Aliada à deterioração da identidade do sujeito, a desfiguração física mediante contínuas e iminentes agressões delimitam o estigma corporal do indivíduo e corroem seu senso de segurança pessoal. A angústia quanto à preservação da integridade física pode induzir o sujeito a divulgar uma imagem que não lhe pertence para se resguardar diante da ameaça daqueles que, com tênues variações,

compartilham o mesmo estigma, além da ameaça institucional. Essa imagem é inferiorizada e devidamente hierarquizada no âmbito da prisão, como instituição total, com a constante obrigação de o encarcerado adotar movimentos e posturas aviltantes. Prepondera um desumano processo de degradação de sua identidade na medida da subserviência que deve manifestar (GOFFMAN, 2007, p. 30). Ademais, pondera Goffman (2007, p. 31), “qualquer que seja a forma ou a fonte dessas diferentes indignidades, o indivíduo precisa participar de atividades cujas conseqüências simbólicas são incompatíveis com sua concepção do eu”.

A diferença entre as penas corporais hoje banidas e as penas modernas não está na redução do grau de violência, mas na forma como essa violência se manifesta. Os órgãos do sistema penal e a opinião pública toleram a deterioração física e o sofrimento mental por que passam os encarcerados que, por estarem apartados da sociedade, tornam-se invisíveis à “civilização”. Sem uma degradação evidente, os “civilizados” seguem com suas sensibilidades intactas, na confiança de que os presos penam somente com uma simples “perda de liberdade” (GARLAND, 1991, p. 149).

De acordo com Baratta (2002, p. 184), o delinquente encarcerado sofre um processo de “desculturação”. Paulatinamente perde as condições necessárias para a vida em liberdade, com a redução do senso de realidade do universo exterior ao da instituição total, onde se promove a desadaptação e o distanciamento dos valores e dos modelos de conduta semeados no seio da sociedade externa. A partir da “desculturação”, estimula-se a “aculturação”, ou “prisionalização”, quando outros modelos de comportamento e outras atitudes traçam os contornos de valores próprios do mundo da prisão.

O estigma persiste, mediante o poder disciplinador, mesmo depois do cumprimento da pena privativa de liberdade¹⁷, conforme ensina Baratta (2002, p. 187):

O cuidado crescente que a sociedade punitiva dispensa ao encarcerado depois do fim da detenção, continuando a seguir sua existência de mil modos visíveis e invisíveis, poderia ser interpretado como a vontade de perpetuar, com a assistência, aquele estigma que a pena tornou indelével no indivíduo.

¹⁷ Philippe Combessie (2003, p. 144-145) indica a dimensão do estigma do encarcerado: “As separações produzidas por decisões judiciais e materializadas no próprio corpo dos prisioneiros em seu confinamento penal são fraturas muito mais forçadas e de conseqüências muito mais intensas. São mais radicais e destrutivas até mesmo do que as surgidas em tempos de guerra. Poucas décadas depois da Segunda Guerra Mundial, americanos e japoneses estavam trabalhando conjuntamente em projetos de desenvolvimento industrial; franceses, britânicos e alemães se associavam numa União Européia plenamente integrada. Prisioneiros são tratados como ‘inimigos internos’ e, como tais, são muito mais difíceis de se reintegrar à sociedade”.

Assim, definitivamente a marca da condenação criminal ou mesmo a mera acusação da prática de um ato previsto como crime é suficiente para deformar o apontado criminoso, quase como numa casa dos espelhos de um parque de diversões macabro. Reflete-se uma imagem desfigurada que o indivíduo vê de si próprio e imagina que é a mesma que os normais enxergam. Talvez isso efetivamente aconteça, não tanto em função da homogeneidade e do respeito às expectativas que definem os sujeitos componentes da categorização normal, mas em virtude de um pretense arcabouço cultural comum que naturalmente indica o que é estranho e merece ser afastado.

A imposição de uma norma por meio de uma lei responde a uma demanda de racionalidade que faz com que a vontade de apartar os criminosos se aproxime do ideal. Mas é com a efetiva intervenção dos organismos punitivos, culminada na atuação do Poder Judiciário, que, mais do que o caso concreto, a pessoa concreta anuncia a força que deve ser aplicada pelo poder de atribuir o estigma. Esse processo se dá de acordo com a gradação da necessidade de excluir o delinquente, identificada no matemático (“acima de qualquer suspeita”) procedimento judicial de individualização da pena, fato que se comprovará neste trabalho a partir da análise dos critérios para a imposição da dor.

1.3.2 Selecionando, punindo, selecionando...

A estigmatização constitui o instrumento de um processo de diferenciação por meio do qual alguns segmentos da sociedade são colocados em evidência para facilitar a anulação de indivíduos, identificados como uma massa de seres degenerados. Estes compõem tais setores sociais selecionados segundo as regras de normalização, dando contornos a um mecanismo de vulneração que parte da visibilidade do estigma para a invisibilidade da exclusão dos escolhidos do sistema penal.

Nesse contexto, insere-se um modelo global de gerenciamento das ilicitudes penais, descrito por Foucault (2006, p. 226-227), na forma em que convêm aos grupos hierarquicamente superiores:

A penalidade seria então uma maneira de gerir as ilegalidades, de riscar limites de tolerância, de dar terreno a alguns, de fazer pressão sobre outros, de excluir uma parte, de tornar útil outra, de neutralizar estes, de tirar proveito daqueles. Em resumo, a penalidade não “reprimiria” pura e simplesmente as ilegalidades; ela as “diferenciaria”, faria sua “economia” geral. E se podemos falar de uma justiça não é só porque a própria lei ou a maneira de aplicá-la servem aos interesses de uma classe, é porque toda a gestão diferencial das ilegalidades por intermédio da penalidade faz parte desses mecanismos de dominação. Os castigos legais devem ser recolocados numa estratégia global das ilegalidades.

A marcha da seletividade penal se desenrola segundo o traçado concebido pelos processos de criminalização como processos sucessivos de definição e de seleção. A criminalização primária reflete a orientação que as esferas legislativas¹⁸, primordialmente o Poder Legislativo, adotam para produzir normas penais, a partir de um rol previamente eleito e segundo um sistema valorativo de bens jurídicos a que se deve reservar a tutela penal, com a respectiva definição das condutas potencialmente lesivas a tais bens (CASTILHO, 1998, p. 49). Por essa orientação, é que se confirmará adiante, nesta pesquisa, a força que a lei penal detém no objetivo de enquadrar condutas criminalizadas típicas de grupos sociais marginalizados na modalidade “qualificada”, a qual demanda ainda mais rigor na punição.

A seleção das condutas desviantes segue o projeto de normalização social, quando os grupos dominantes¹⁹ indicam os comportamentos que constituirão uma ameaça à ordem normal da sociedade e que invocarão o castigo a seus autores, principalmente por romperem o pacto social que a lei veicula. Ela Wiecko de Castilho (1998, p. 49) informa a opção legal brasileira: “o Código Penal brasileiro, por exemplo, reflete sobretudo o universo moral próprio da cultura burguês-individualista, que privilegia a proteção do patrimônio privado e a repressão das condutas desviadas típicas dos grupos socialmente mais débeis e marginalizados”.

A elaboração das normas penais enseja assim a seleção concomitante de tipos legais e de indivíduos passíveis de estigmatização. A estrutura dos interesses das elites, detentoras do poder político e econômico, e as condutas que agridam esses interesses pré-selecionam os sujeitos estigmatizáveis. O direito penal, quando invoca o aspecto de se dedicar apenas com

¹⁸ Junto ao Poder Legislativo, o Poder Executivo engendra a criminalização primária na complementação das normas penais em branco, as quais reclamam uma normatização administrativa para que adquiram plena cogência.

¹⁹ Fala-se de grupos dominantes porque, complexos que são, não se reduzem a um único corpo homogêneo e isento de contradições internas (LYRA FILHO, 1997, p. 99).

questões cujas soluções não encontram resposta em outros ramos do direito, na realidade, disfarça o escopo de defender os interesses dos grupos sociais dominantes mediante a imunização de seus membros. A eles, são disponibilizadas inúmeras garantias legais que impedem a movimentação do sistema penal em sua direção. Por outra parte, os indivíduos marginalizados são alvejados a partir da maximização do controle penal focado em dissecar e punir os comportamentos geralmente identificados nas classes subjugadas da sociedade (CIRINO DOS SANTOS, 2008, p. 45). Sob esse enfoque, o “caráter fragmentário” do direito penal cumpre a missão de delimitar o que deve ou não ser objeto de sua intervenção. Segue-se uma perspectiva em que se atribui o aspecto de inidoneidade técnica a condutas massivamente desenvolvidas no âmbito das classes hegemônicas, tornando-as insuscetíveis de controle jurídico-penal e criando zonas de imunização que viabilizam a continuidade da perpetração de tais condutas danosas (CASTILHO, 1998, p. 50). No fim, essas condutas acabam sendo guardadas sob a proteção da seara administrativa, ou simplesmente civil, do direito.

A função da pena é, portanto, simbólica, tendo em vista a necessidade de se punir certos comportamentos ilegais para dissimular outro vasto quantitativo de condutas ilícitas, que permanecem imunes ao processo de criminalização, dentro de uma cobertura ideológica propiciada por essa seletividade derivada da aplicação da lei penal (BARATTA, 2002, p. 166). Assim, um indivíduo que mereça fazer parte da clientela do sistema penal é um indivíduo selecionado e que, salvo raras exceções, será punido. Com o sucesso de sua estigmatização, esse indivíduo terá enormes chances de voltar a ser selecionado e novamente punido, cada vez com maior probabilidade, pois sua visibilidade para os órgãos punitivos estará mais e mais intensa. Por isso, criações jurídicas como a reincidência, conforme se evidenciará na próxima parte desta pesquisa, reafirmam a necessidade de se produzir efeitos devastadores para indivíduos transformados em clientes do sistema penal. Selecionado, punido e selecionado repetidas vezes, é esse indivíduo que alimenta e legitima a atividade do sistema penal.

A seletividade impulsionada pela individualização da pena já se evidencia na criminalização primária de acordo com a advertência de Cirino dos Santos (2008, p. 45), para quem são nítidas as divergências de natureza e de intensidade com que se prescreve as penas para condutas características de massas marginalizadas do mercado de trabalho e de consumo. As punições são providencialmente mais rigorosas em comparação às sanções previstas para

os comportamentos manifestados pelos setores política e economicamente potentes da sociedade, principalmente quando se cuida de criminalidade que envolve as relações de produção e a defesa do patrimônio privado. O exemplo prático disso está no rigor punitivo demonstrado no próximo capítulo.

Os interesses protegidos pelo sistema penal não são comuns a todos os cidadãos. Ao contrário, são interesses tão-somente dos grupos que têm poder de influir sobre os processos de criminalização. Constituem a base de formação e de aplicação do direito penal, que manipula a percepção de criminalidade, mantendo-se fiel a sua natureza eminentemente política. Por esse sentido, criminalização, criminalidade e pena são dados de um conflito²⁰ administrado pelos grupos mais fortes, responsáveis por atribuir a ilegalidade a comportamentos que se opõem a seus interesses manifestados pelos outros grupos, obrigados a obedecer à lei criada mediante a ação política de que não dispõem (BARATTA, 2002, p. 119/128).

É o grau de vulnerabilidade ao sistema penal que dita a ordem de seletividade, principalmente quando se tem em consideração a amplitude de condutas, em relação às quais o sistema penal se mantém indiferente, mais nocivas que aquelas já criminalizadas (ZAFFARONI, 2001, p. 268). Anota Zaffaroni (2001, p. 271) que “*quem parte de uma baixa condição ou posição de vulnerabilidade deve realizar um esforço de proporção considerável para alcançar uma posição que o situe em nível de alta vulnerabilidade e vice-versa*”.

Com a criminalização secundária, que ocorre no momento em que a lei penal é aplicada no âmbito das ações do Poder Executivo, do Ministério Público e do Judiciário, há uma intensificação do caráter seletivo da repressão penal abstrata. A partir desse instante, a observação criminológica crítica acusa a manipulação das estatísticas criminais, instrumentalizada pelo tratamento dos resultados dos processos de criminalização como se representassem a fiel imagem da criminalidade real²¹. Muda-se o ângulo e se evidencia uma

²⁰ A abordagem dos decisivos mecanismos de seleção que se manifestam na criminalização secundária visa tentar contornar a limitação da sociologia do conflito, segundo a crítica de Baratta (2002, p. 129), de se focar apenas nos mecanismos seletivos da criminalização primária.

²¹ Zaffaroni (2001, p. 26) explica o motivo de a seletividade ser estrutural e inerente ao sistema penal: “a disparidade entre o exercício de poder programado e a capacidade operativa dos órgãos é abissal, mas se por uma circunstância inconcebível este poder fosse incrementado a ponto de chegar a corresponder a todo o exercício programado legislativamente, produzir-se-ia o indesejável efeito de se criminalizar várias vezes toda a população”.

clara defasagem entre a criminalidade aparente ou estatística, registradas oficialmente, e a criminalidade real, que compreende toda a gama de condutas criminalizáveis (CASTILHO, 1998, p. 50-51). Nessa esteira, consoante argumenta Ela Wiecko de Castilho (1998, p. 51), “[...] nem todo crime cometido é registrado e é objeto de investigação policial; nem todo crime investigado é levado à apreciação judicial; nem toda ação penal é recebida pelos órgãos judiciais; e, quando recebida, nem sempre resulta em condenação”.

Acobertando uma margem de erro tão absurda, as estatísticas criminais foram colocadas em xeque devido à constatação imediata de sua falseabilidade diante da realidade (CASTILHO, 1998, p. 52), tornando-as imprestáveis para o intuito de legitimar a ação punitiva das instâncias de controle penal. Nesse sentido, toda a criminalidade que escapa à repressão penal estatal, seja porque simplesmente não chegou ao seu conhecimento, seja porque não lhe interessou a movimentação da máquina punitiva, configura a “cifra oculta” da criminalidade. Não é mera casualidade o fato de que são recrutadas sempre as mesmas classes de indivíduos como clientes do sistema penal. A seletividade estrutural exerce a dupla função de castigar e excluir o lado fraco das relações de produção, ao tempo em que usa os dados dessa criminalidade eleita – e sobrerrepresentada nas estatísticas criminais (HULSMAN, 1997, p. 111) – para justificar a violência estatal, cada vez mais pujante, que se volta contra esses grupos marginalizados. Por isso, Zaffaroni (2001, p. 27) afirma que “os órgãos executivos têm ‘espaço legal’ para exercer poder repressivo sobre qualquer habitante, mas operam quando e contra quem decidem”. Nesse sentido, a pesquisa empírica constante da segunda parte é elucidativa.

O volume de condutas legalmente puníveis que são ignoradas pelo sistema penal demonstra que a própria concepção ontológica do crime é fragilizada. Isso deturpa a orientação principiológica em que se apoia a atuação repressiva estatal porque, na maior parte das vezes, a conduta tipificada não alcança um nível de interferência suficiente para mobilizar a máquina punitiva. Além disso, as vítimas – também responsáveis pela alimentação das estatísticas criminais –, por outro lado, simplesmente não avaliam o fato como nocivo o bastante para induzi-las a denunciar a prática ilegal (HULSMAN, 1997, p. 63-64).

As estatísticas criminais expressam, desse modo, o mecanismo da *self-fulfilling prophecy*. Segundo essa previsão, a expectativa de detecção da criminalidade em determinadas zonas sociais já marcadas com a estigmatização faz com que as estatísticas dos

comportamentos ilegais sempre encontrem níveis maiores nessas regiões, em comparação com as demais zonas sociais. Isso porque são nesses locais que a ação repressiva do Estado concentra seus esforços, num ciclo vicioso voluntariamente estimulado (BARATTA, 2002, p. 180). Como decorrência da *self-fulfilling prophecy*, difunde-se um estereótipo “realizável”. A estigmatização semeada no âmbito da empresa penal é reforçada e indica as diretrizes para a seleção de indivíduos para sua clientela. Atribui-lhes e exige-lhes os comportamentos que deles já são previamente esperados. Em seguida, o aparato punitivo lhes impõe o tratamento decorrente da consumação dessas condutas e vicia, com a colaboração dos meios de comunicação em massa, a forma com que os outros os tratarão. Enfim, completa-se o sucesso do empreendimento com a correspondência desses indivíduos ao papel que lhes foi infundido (ZAFFARONI, 2001, p. 133).

A despeito de toda a falibilidade dessas estatísticas, as instâncias institucionais de controle penal insistem em utilizá-las para elaborarem um estudo de probabilidade sobre o comportamento criminoso do indivíduo, as “tábuas de prognose”, numa tentativa de prever a reincidência e os resultados das punições impostas. Busca-se quantificar e racionalizar esses juízos premonitórios, tentando validá-los cientificamente e propugnando sua indispensabilidade como política criminal. Na realidade, servem de respaldo para a formulação de normas penais pelo Poder Legislativo, na criminalização primária, e para a aplicação da pena pelo Poder Judiciário, no transcurso da criminalização secundária (DIAS; ANDRADE, 1997, p. 143-144). A grande problemática dessa atividade de futurologia está nos critérios arrolados para sumarização da metodologia das estatísticas criminais. O público-alvo é sempre o mesmo, da mesma forma que não interessam, até mesmo diante de seus números irrisórios, a criminalidade dos grupos hegemônicos. De fato, tais grupos também são os responsáveis pela estruturação das estatísticas criminais. A conveniência normalizadora orienta quais são os lugares e as pessoas que devem ser vigiadas e posteriormente punidas em decorrência de sua anormalidade.

Sob esse ponto de vista, Vera de Andrade (2003, p. 270) expõe outro ângulo para a explicação da regularidade da seleção, que parte de uma tendência de delinquir, de acordo com o viés etiológico, para uma “maior ‘chance’ de ser criminalizado”. Diz a autora:

A clientela do sistema penal é constituída de pobres, não porque tenham uma maior tendência para delinquir, mas precisamente porque têm maiores chances de serem criminalizados e etiquetados como delinquentes. As

possibilidades (chances) de resultar etiquetado, com as graves conseqüências que isto implica, se encontram desigualmente distribuídas. [...]

Trata-se, portanto, de uma matriz fundamental na produção (e reprodução) de uma imagem estereotipada e preconceituosa da criminalidade e do criminoso vinculada aos baixos estratos sociais que condiciona, por sua vez, a seletividade do sistema penal, num círculo de representações extraordinariamente fechado que goza de uma secular vigência no senso comum em geral e nos operadores do controle penal em particular.

Mais do que isso, consubstancia a “cifra dourada” da criminalidade e forja uma visão substancialmente distorcida da criminalidade total, em face da acentuação da criminalização da massa social de excluídos do poder somada à impunidade daqueles que, mesmo desenvolvendo condutas tipificadas, não são alcançados pelos instrumentos de controle penal porque consumaram crimes econômicos. Esse fenômeno espelha a incapacidade operacional do sistema penal no tocante à punição de todos os ilícitos descritos na legislação, reconhecida a impossibilidade de se reprimir todas as condutas delitivas praticadas por toda a população. Opta-se então por uma seleção quantitativa que convenientemente ignora determinados comportamentos, próprios de quem detém o comando econômico e político da sociedade, e prioriza as ações criminosas de quem já se tornou indesejável para o convívio no meio social normal. É dessa forma que se opera o “efeito-de-funil”, ou os “filtros”, do sistema penal, por meio do qual algumas condutas são reprimidas e outras não (CASTILHO, 1998, p. 52-53). Sob essa ótica, Foucault (2006, p. 239) recorda que a criminalidade “própria da riqueza é tolerada pelas leis, e, quando lhe acontece cair em seus domínios, ela está segura da indulgência dos tribunais e da discrição da imprensa”. Dessa forma, apenas como meio figurativo e quando a conduta é escancarada, o criminoso rico é punido, dando a falsa impressão de que a lei penal é igual para todos.

Para autores de crimes comuns contra o patrimônio, a legislação penal é aplicada com todas as minúcias e a severidade que a conformam. Em outro sentido, Dias e Andrade (1997, p. 367) explicam que, a respeito da criminalidade “dourada”, não raro a lei é aplicada à margem da lei mesma ou ainda se cria soluções que revogam a própria lei. O aparelho judicial mobiliza toda uma série de resoluções racionalizadoras para justificar seu impulso em reinterpretar e mudar a legislação antes que ela efetivamente seja modificada ou revogada pelas vias ordinárias. Assim, é embasado numa pretensa inevitabilidade histórico-social que lhes demanda uma resposta atualizada para a solução da questão criminal que lhes é submetida. Por isso, os órgãos judiciais estimulam um fenômeno de seletividade a partir do

qual a lei surge após a sua aplicação, respondendo diretamente à forma como o centro social reage a essa especificidade criminal.

A lei penal não é feita para todos em nome de todos, mas é feita por alguns para ser aplicada a outros. Enquanto manifesta sua imposição a toda a sociedade, encobre o fato de se voltar diretamente contra as classes mais numerosas e menos esclarecidas que, ao final, não são julgadas por todos, mas por um setor da sociedade dedicado a castigar os que estão em posição de inferioridade (FOUCAULT, 2006, p. 229). Ou seja, a seletividade do sistema penal é “letal”, pois, ao garantir a impunidade daqueles que não lhe são vulneráveis, deixa transparecer que o exercício de seu poder se destina à contenção de determinados grupos, e não à “repressão do delito”, fato que notabiliza a falsidade do discurso jurídico-penal (ZAFFARONI, 2001, p. 40).

Enfim, a seletividade marcante dos processos de criminalização é relatada nas palavras de Baratta (2002, p. 161):

Na perspectiva da criminologia crítica a criminalidade não é mais uma qualidade ontológica de determinados comportamentos e de determinados indivíduos, mas se revela, principalmente, como um *status* atribuído a determinados indivíduos, mediante uma dupla seleção: em primeiro lugar, a seleção dos bens jurídicos protegidos penalmente, e dos comportamentos ofensivos destes bens, descritos nos tipos penais; em segundo lugar, a seleção dos indivíduos estigmatizados entre todos os indivíduos que realizam infrações a normas penalmente sancionadas. A criminalidade é [...] um “bem negativo”, distribuído desigualmente conforme a hierarquia dos interesses fixada no sistema sócio-econômico e conforme a desigualdade social entre os indivíduos.

A individualização da pena se mostra, nesse quadro, como um importante instrumento da seletividade do sistema penal, nos termos apresentados na análise dos dados desta pesquisa. A discrepância entre a intensidade e a forma das punições previstas para aqueles que cometem ilícitos penais típicos de classes subalternas e das sanções dispostas para aqueles que estão degraus acima na escala de poder político-econômico demonstra, já na criminalização primária, o quão seletivo e desigual é o exercício repressor do aparato punitivo estatal.

No âmbito de aplicação da lei penal na fase de criminalização secundária, não é difícil perceber que, para que um indivíduo seja investigado pela polícia, denunciado pelo Ministério Público e processado judicialmente, concorrem contra si todas as motivações

determinantes para a atuação seletiva do sistema penal. Ao chegar o momento da prolação da sentença, o sujeito acusado já passou por toda uma saga de impressões de estigmas, de categorizações e de censura moral. A condenação carrega consigo a inexorabilidade da condição de delinquente a ser imputada ao condenado. O momento da individualização judicial da pena²² consubstancia mais uma ocasião para que o poder dominante exerça seu papel seletivo-qualitativo, já agora com uma metrificacão “racional” do quanto se pretende castigar o indivíduo, na medida de seu desvio do padrão de normalidade e de acordo com a oportunidade de se alijar aquele que deve ser fadado a ficar na margem, na fronteira da humanidade.

1.3.3 Igualdade e coesão social a partir da eliminaçãõ da diferençã: à sombra de Carl Schmitt

O sistema penal se vê diante de uma constataçãõ que lhe retira as bases: a estigmatizaçãõ e a seleçãõ de pré-determinadas classes de indivíduos desintegram o princípio de igualdade em que se funda. Sua atuaçãõ não se destina a conter todos que infringem a lei penal, mas apenas aqueles que compõem as massas subalternas de indivíduos indesejáveis. O pacto social ruiu (na realidade, nunca existiu). A falsidade do discurso jurídico-penal, há tempo denunciada pela criminologia crítica²³, já torna impraticável a defesa de preceitos propostos séculos atrás. No entanto, conforme aponta Roberto Lyra Filho (1997, p. 111), “num mundo hoje tendendo ao aconchêgo ecumênico e às comunicações rápidas, o processo de homogeneizaçãõ é quase fulminante e a própria dialética da exploraçãõ esgota seu ciclo na postulaçãõ dos direitos iguais de indivíduos e povos”.

²² Vera de Andrade (2003, p. 270) anota que, “ao mesmo tempo em que o código tecnológico opera nas decisões judiciais relativas à individualizaçãõ (juízos de periculosidade, etc.) e, sobretudo, nas decisões penitenciárias relativas à execuçãõ da pena (exame criminológico, progressãõ de regimes, etc.) instrumentalizando-as, seu código ideológico legitima a seleçãõ e estigmatizaçãõ que delas resultam”.

²³ Conforme explica Baratta (2002, p. 197), a criminologia crítica, ou a nova criminologia, identifica no processo de criminalizaçãõ “um dos maiores nós teóricos e práticos das relações sociais de desigualdade próprias da sociedade capitalista, e perseguindo, como um de seus objetivos principais, estender ao campo do direito penal, de modo rigoroso, a crítica do direito desigual”.

A partir do momento em que o princípio de igualdade fica desacreditado, a legitimidade da atividade repressiva estatal sofre uma crise estrutural sem precedentes. Mas isso não significa a rendição discursiva do sistema penal. Ao contrário, uma retórica, que não é nova, readapta-se à conjuntura e, se não mais há como sustentar a igualdade de todos, a defesa dos “cidadãos” visa socorrer a justificação de que carece a prática punitiva. Por essa via, o sistema penal se dedica a proteger os “cidadãos” dos “inimigos”, seres diferentes, juridicamente anulados e desprovidos da salvaguarda estatal porque comprometem a “ordem” e a “coesão social”. Em nome da preservação dessa “igualdade”, tais criaturas devem ser eliminadas.

A estratégia não é recente, tendo em conta que o poder punitivo, por intermédio da justificação científica conferida por seus saberes supostamente empíricos, sempre tratou alguns seres humanos como não-pessoas, entes perigosos. São os inimigos da sociedade, para os quais não se destinam as garantias próprias do direito penal liberal. O acolhimento desse tratamento diferenciado foi ocultado pelas racionalizações da doutrina penal, de acordo com concessões do Estado liberal ao Estado absoluto, o que provocou um constante paradoxo a partir da introdução de preceitos totalitários no âmbito do Estado de Direito. Nesse sentido, esse tratamento discriminatório ocasiona uma agressão aos limites da interferência estatal na vida dos cidadãos, pois suscita um tratamento mais repressivo para todos, algo que se alinha mais ao Estado absoluto que ao Estado de direito (ZAFFARONI, 2007, p. 11-13/121).

Por trás dessa discriminação, está a coisificação desses entes hostis e a conseqüente negação de seus direitos, por não mais ostentarem a condição de “pessoas”. Ao longo do século XX, o direito penal, ainda que de forma dissimulada por racionalizações, atribuiu a qualidade de “perigosos” a alguns seres humanos. Isso, por si só, já autorizava a segregação e a eliminação desses indivíduos que se situam fora da sociedade (ZAFFARONI, 2007, p. 18-22). Günther Jakobs (2008, p. 42), como grande expoente em defesa do “direito penal do inimigo”, diz que “quem não presta uma segurança cognitiva suficiente de um comportamento social, não só não pode esperar ser tratado ainda como pessoa, mas o Estado não *deve* tratá-lo, como pessoa, já que, do contrário vulneraria o direito à segurança das demais pessoas”.

Essa realidade indica uma atomização dos indivíduos, e, para além disso, uma marginalização de setores da sociedade, tornados clientes do sistema penal e destituídos de

seus direitos fundamentais. A eliminação desses seres se torna uma meta que reclama a necessidade de uma homogeneidade social. Esse processo é apontado por Chantal Mouffe (1994, p. 99), quando se refere ao entendimento de Carl Schmitt, “o mais influente teórico reacionário do século passado” (ZAFFARONI, 2007, p. 135), acerca da exclusão do antagonismo social pelo compartilhamento de valores numa unidade democrática. A denúncia de Mouffe foca exatamente o viés totalitário que acoberta a referida ideia. E mais, essa homogeneidade se traduz num “universalismo” que nega o pluralismo e que, em nome de valores universais, pretende impor sua própria visão particular (MOUFFE, 1994, p. 96). Ainda ressalta Zaffaroni (2007, p. 17): “as decisões estruturais atuais assumem, na prática, a forma pré-moderna definida por Carl Schmitt, ou seja, limitam-se ao mero exercício do poder de designar o inimigo para destruí-lo ou reduzi-lo à impotência total”.

O sistema penal se enraíza nessa perspectiva que se fia na criação de um “nós” em oposição a um “eles”. A concepção da primeira categoria implica a geração da outra. Daí, “qualquer relação pode tornar-se sede de um antagonismo, e o ‘outro’ começa a ser percebido como um inimigo que coloca em questão nossa identidade” (MOUFFE, 1994, p. 102).

É pressuposto da fixação do conceito de cidadão a formação de um corpo social único, homogêneo e compacto, com vistas a satisfazer o intento do Estado policial de aniquilar a diferença, rumo a uma limpeza étnica (ZAFFARONI, 2007, p. 151). Segundo a teoria política schmittiana²⁴, na impossibilidade de se formar uma massa homogênea, a melhor saída é a eliminação da diferença, não havendo, por óbvio, espaço para tolerância. Por esse sentido, Schmitt (2001, p. 220) descaracteriza o direito penal liberal para asseverar que é o líder soberano quem deve definir os limites da legalidade:

O *Führer* protege o direito do pior abuso, quando ele no instante do perigo cria o direito sem mediações, por força da sua liderança [*Führertum*] e enquanto Juiz Supremo [...]. A tentativa de transformar o Direito Penal na grande carta branca, na “Magna Carta do criminoso” (F. von Lizst) foi muito característica para a cegueira jurídica do pensamento legalista liberal. Do mesmo modo o Direito Constitucional tornou-se, nessa corrente de pensamento, a Magna Carta dos que cometem alta traição e traem a pátria.

²⁴ Zaffaroni (2007, p. 137) destaca que, apesar das terríveis consequências da renovação da teoria schmittiana, não se lhe pode negar coerência, característica rara nos discursos falsamente liberais do direito penal. Mouffe (1996, p. 158) complementa que o fato de Schmitt, “adversário rigoroso e perspicaz”, ter se filiado ao partido nacional-socialista alemão não deve suscitar a indiferença diante de sua teoria; ao contrário, uma contraposição ao pensamento schmittiano possibilita a apreensão dos pontos fracos da concepção dominante de democracia moderna.

Com isso o Judiciário se transforma em engrenagem de imputações [*Zurechnungsbetrieb*], sobre cujo funcionamento previsível e por ele calculável o criminoso tem um direito subjetivo adquirido. [...] A judicatura do *Führer* brota da mesma fonte de direito da qual brota também todo e qualquer direito de qualquer povo. Na necessidade suprema o direito supremo prova o seu valor [*bewährt sich*] e manifesta-se o grau mais elevado da realização judicantemente vingativa desse direito. Todo o direito tem a sua origem no direito do povo à vida. Toda a lei do Estado, toda a sentença judicial contém apenas tanto direito quanto lhe afluem dessa fonte. O resto não é direito, mas um “tecido de normas positivas coercitivas”, do qual um criminoso hábil zomba.

Essa justificação da transposição de um “tecido de normas positivas coercitivas” pelo guardião da Constituição alicerçou as inúmeras atrocidades que foram cometidas no regime nazista, sob o pretexto de não permitir a burla de tais normas por hábeis delinquentes. Esse pensamento carrega consigo a marca da arbitrariedade e da disciplinarização a qualquer custo. Schmitt, ao associar o pluralismo ao liberalismo que tanto abomina, acaba por também desnaturar a ideia de uma democracia pluralista, porquanto sustenta que “a referência à totalidade da unidade política sempre contém uma oposição aos agrupamentos pluralistas da vida social e econômica e deve provocar uma superioridade sobre semelhantes agrupamentos” (SCHMITT, 2007, p. 232).

Na base desse modelo totalitário, está a proliferação de um pensamento que retira a humanidade²⁵ daqueles que não guiam suas vidas de acordo com o “roteiro de cidadania” imposto por quem faz as opções políticas que fundamentam as normas jurídicas. Por isso, a responsabilidade pela individualização do inimigo sempre está a cargo de quem detém o poder, num procedimento que obedece apenas a conveniência e a funcionalidade de distribuir esse *status* àqueles que real ou potencialmente incomodem o padrão criado de coesão social (ZAFFARONI, 2007, p. 82).

A política criminal decide adotar informalmente essas feições em nome de uma dita “segurança nacional”. Essa mesma política criminal se converte, desse modo, em instrumento de legitimação e reprodução da realidade social. Para Baratta (2000, p. 29), segurança assume sempre conotações coletivas, não se tratando exatamente da salvaguarda dos direitos das pessoas, independentemente do grupo social ao qual pertençam, mas da segurança da nação. Sob esse pretexto, instaura-se um estado de guerra permanente contra o inimigo, na

²⁵ “Schmitt afirma que toda invocação da *humanidade* seja falsa e suspeita de manipulação, porque qualquer limite ao poder do soberano frente ao *inimigo* acaba com o próprio conceito de *inimigo*, debilita o Estado e lhe impede de garantir a paz entre os cidadãos” (ZAFFARONI, 2007, p. 138).

proposição de Schmitt, com vistas a possibilitar a máxima diferenciação desse ente como medida de preservação da união e da associação entre os cidadãos, não importando as qualidades do inimigo, mas tão-somente o fato de que o soberano já o etiquetou como o “outro”, o “estrangeiro” (ZAFFARONI, 2007, p. 141). No âmbito dessa guerra permanente, o inimigo é um ente político, submetido ao poder de rotulação do soberano. Tal fato se resume na afirmação de Schmitt (2006, p. 07) de que “soberano é quem decide sobre o Estado de exceção”, de modo que o inimigo não é uma categoria ontologicamente manifesta (ZAFFARONI, 2007, p. 142). São inimigos, mas “*toda identificação do inimigo se baseia em um mito*” (ZAFFARONI, 2007, p. 58)

Com a consagração do conceito de inimigo e, por conseguinte, com o rompimento dos princípios do Estado de direito, aquele que detém o poder soberano passa a dispor de prerrogativa que, a pretexto de preservar a segurança nacional, habilita-o a estender arbitrariamente o *status* de inimigo a quem puder opor obstáculos à manutenção desse poder. Nega-se inclusive o direito de resistência, fundamental num Estado de direito, para reprimir qualquer manifestação de protesto social. A decisão do soberano é válida mesmo que, para tanto, seja necessário suspender a própria Constituição (ZAFFARONI, 2007, p. 131/144). É imprescindível uma “competência, a princípio, ilimitada, ou seja, a suspensão de toda ordem existente. Entrando-se nessa situação, fica claro que, em detrimento do Direito, o Estado permanece” (SCHMITT, 2006, p. 13). A onipotência do soberano se equipara à de Deus, pois, para Schmitt (2006, p. 11), “se somente Deus é soberano, aquele que pode identificar-se como seu representante, imperador, o soberano ou o povo, isto é, aquele que pode identificar-se, indubitavelmente, com o povo também é soberano”. Por isso, a conclusão imediata que emerge dessa concepção é exposta por Zaffaroni (2007, p. 143):

Daí que, quando se trata da defesa da própria Constituição, considera-se que o soberano (o político) é quem está habilitado para decidir e, de acordo com isso, para suspender todos os limites e garantias até onde julgar necessário, sem controle algum do Judiciário.

Baratta (2000, p. 30) lembra ainda a forte influência que as conjecturas de Schmitt promovem no que tange à luta “existencial” entre amigos e inimigos no contexto de segurança nacional ocasionado na América Latina. Essa doutrina schmittiana serve para legitimar não apenas um direito penal orientado para o inimigo, de um verdadeiro terrorismo de Estado, outrora já empreendido por regimes militares da América do Sul e que continua a se projetar

ainda hoje em Estados com regime formalmente democrático. Assenta todo um sistema penal fora da legalidade constitucional, que, operando paralelamente, revela-se muito mais eficiente e sanguinário que aquele que o antecedeu. Nesse ponto, Zaffaroni (2007, p. 51) se refere a um “*sistema penal subterrâneo*, que procedia à eliminação direta por morte e ao desaparecimento forçado, sem nenhum processo legal”. Nas palavras de Friedrich Müller (2003, p. 94):

Na prática se retira aos excluídos a dignidade humana, retira-se-lhes mesmo a qualidade de seres humanos, conforme se evidencia na atuação do aparelho de repressão: não-aplicação sistemática dos direitos fundamentais e de outras garantias jurídicas, perseguição física, “execução” sem acusação nem processo, impunidade dos agentes estatais da violação, da opressão ou do assassinio.

E quem está “seguro”? A princípio, “seguros” podem e devem ser os sujeitos titulares de direitos fundamentais, particularmente daqueles direitos universais que condizem não somente às pessoas físicas que detêm os direitos de cidadãos do Estado no qual se encontram. Referem-se também àquelas que estão no território de um Estado, de uma cidade, num bairro ou em qualquer espaço público ou privado. A segurança deve atinar, de fato, à guarida e à proteção efetiva daqueles direitos, no que tange a qualquer agressão ou descumprimento por parte de outras pessoas físicas que exercitam poderes de fato ou de direito num espaço territorial (BARATTA, 2000, p. 30).

No entanto, novamente a realidade fática acaba por mostrar que se faz um esquema de repartição de róis de vítimas e de agressores, numa correspondência com a relação entre grupos sociais privilegiados e “respeitáveis” de um lado, e grupos marginais e “perigosos” de outro. E sobre o último grupo recai uma política repressiva de natureza aberta ou veladamente autoritária sob o manto daquilo que se designa “prevenção local” (BARATTA, 2000, p. 31). Como correspondente a esse modo de agir, difunde-se um caráter ôntico de inimigo, contrariando a própria argumentação de Schmitt, a certos indivíduos, o que provoca a submissão do fato ao direito, de acordo com a necessidade gerada pela emergência de plantão invocada (ZAFFARONI, 2007, p. 115).

Alheio a esse contexto, o discurso da modernidade continua a veicular um viés científico que conduz a uma forma de controle do sistema de justiça criminal denominada “controle interno”, nos dizeres de Baratta (2000, p. 34). Trata-se de um controle formal dirigido a moderar a correspondência entre a prática repressiva e os princípios do direito penal liberal (igualdade, liberdade, legalidade etc.) por meio dos quais se transmite a promessa da

modernidade. Todavia, “*o Estado de polícia que o Estado de direito carrega em seu interior nunca cessa de pulsar, procurando furar e romper os muros que o Estado de direito lhe coloca*” (ZAFFARONI, 2007, p. 170). Assim também se faz a individualização judicial da pena, com suas construções de verdade mutiladoras e vocacionadas à destituição de direitos, conforme se verá adiante.

Nesse sentido, o pacto social próprio da modernidade, o direito moderno e suas Constituições estão ligados ao intento de conter a guerra, de civilizar e de submeter os conflitos políticos e sociais a regras institucionais. No interior desse processo, a segurança dos cidadãos conforma a promessa central do Estado (BARATTA, 2000, p. 39). Entretanto, a Constituição acaba reduzida a instrumento ocasional dos sujeitos integrados. “Ela não foi ‘pensada’ para os subintegrados: não pode mais *constituir*” (MÜLLER, 2003, p. 99). Acima dessa estrutura textual e legitimatória do Estado, continua Müller (2003, p. 99), ainda persiste uma superestrutura consistente de inclusão/exclusão. O “estado constitucional”, que só pode fundamentar e justificar como Estado universal, ainda não está realizado. “A constituição exclui a si mesma – do nexa da legitimidade democrática” (MÜLLER, 2003, p. 99).

O sistema de direitos previstos na Constituição só socorre aos “respeitáveis”. Da mesma forma, os direitos fundamentais não estão positivamente à disposição dos indivíduos e dos grupos excluídos, cujos direitos fundamentais e humanos são recorrentemente violados (MÜLLER, 2003, p. 95). Conforme assinala Müller (2003, p. 95):

Normas constitucionais manifestam-se para eles “quase só nos seus efeitos limitadores da liberdade”, seus direitos de participação política aparecem – diante do pano de fundo a sua depravação integral – preponderantemente só no papel, assim como também o acesso aos tribunais e à proteção jurídica.

Não se cuidam mais de sujeitos, mas de objetos, numa seleção de possíveis grupos de agressores. Nessa esteira, para proteger as pessoas “respeitáveis”, e não para tutelar aquelas que não podem se valer de seus direitos civis, econômicos e sociais, a política criminal se transforma, na terminologia na nova prevenção, em “prevenção social” da criminalidade. As pessoas vulneráveis e sem nenhum poder social, que sofrem com violações a seus direitos econômicos e sociais (direitos “sensíveis”, na teoria dos direitos fundamentais) por parte do Estado ou da própria sociedade, convertem-se em potenciais agressores dos direitos dos sujeitos socialmente mais protegidos (BARATTA, 2000, p. 32).

Sob essa ótica, o “direito penal do inimigo” se consolida como projeto em que há um amplo adiantamento da punibilidade, o perfilhamento de uma atuação essencialmente prospectiva, o recrudescimento das penas e a supressão de garantias processuais individuais (DEMETRIO CRESPO, 2004, p. 11). O “direito penal do inimigo” se atrela a um modelo de Estado totalitário, este descrito por Mireille Delmas-Marty (2004, p. 239), independentemente da ideologia que o tenha motivado. Busca-se o domínio de todos os comportamentos que estão em desacordo com as normas, para cercar os indivíduos e lhes impor um único modo de pensamento e de ação, cujo ponto máximo está na confluência de todos esses indivíduos num corpo único, perfeitamente homogêneo (DELMAS-MARTY, 2004, p. 239).

Se durante um momento bélico, o poder de guerra se volta contra os inimigos, o poder punitivo, que fundamentalmente se confunde com aquele, mira os delinquentes. Esse poder é inesgotável porque, no tocante aos criminosos, a guerra nunca cessa e não encontra limitação jurídica no seu desenrolamento. Na realidade, os efeitos dessa guerra atingem a todos, diante da impossibilidade de se distinguir, à primeira vista, o cidadão do inimigo, o que acarreta uma indiscriminada agressão a toda a população civil (ZAFFARONI, 2007, p. 151). Por isso, a primeira preocupação de Jakobs (2008, p. 21) está em frisar que não há como purificar as noções de “direito penal do cidadão” e de “direito penal do inimigo” no contraste com a realidade, tendo em vista a possibilidade de que um indivíduo, ainda que deva ser tratado como inimigo, acabe recebendo indevidamente o tratamento de cidadão.

É evidente que, nos dias atuais, aqueles que acobertam a ideia de inimigo não invocarão os lineamentos teóricos de Schmitt, mas sua essência permanece na determinação do castigo ao inimigo, nos exatos limites da necessidade de lhe provocar o mal. Por esse caminho, a quantidade da punição, numa concepção que inclui a individualização da pena, subordina-se às circunstâncias políticas que disponibilizam a margem de atuação do poder soberano. No discurso dominante, tal poder sempre atua de acordo com a necessidade de defender a Constituição e o Estado de Direito. O juízo sobre o grau de periculosidade estará constantemente em aberto, sob a dependência do julgamento estritamente subjetivo do individualizador, a quem se incumbe a prerrogativa de definição da qualidade de inimigo, potencialmente atribuível a qualquer um (ZAFFARONI, 2007, p. 152/162).

Teóricos contemporâneos, como Jakobs (2008, p. 42), alegam que é um equívoco a demonização do “direito penal do inimigo”, como se essa vertente se tornasse inarredável

diante da configuração atual, em que não mais cabe a inclusão de determinados indivíduos numa “constituição cidadã”. Entretanto, não há como se esquivar da conclusão de que, numa conjuntura em que predominam “uma perigosa erosão dos valores democráticos” e “uma arrepiante marginalização de vastos sectores da população” (MOUFFE, 1996, p. 157), a teoria política schmittiana se reapresenta requentada.

2 A PRÁTICA DA INDIVIDUALIZAÇÃO JUDICIAL DA PENA NO DISTRITO FEDERAL

O princípio da individualização da pena percorre as três fases do processo de criminalização. Durante a criminalização primária, o legislador se atenta à proporcionalidade que uma conduta tipificada deve guardar no que tange ao modo e à gradação da sanção penal que será correlacionada ao delito. Espera-se que, a depender da gravidade, ou melhor, da reação social àquele comportamento, a pena prevista seja a adequada para “reprovar e prevenir” a conduta. Na criminalização secundária, a individualização da pena se acentua, com a condenação. No momento em que o sentenciante aplica a pena, leva-se em consideração a margem legal prevista, as circunstâncias do crime e, já agora diante de um indivíduo, a expressão de humanidade do condenado, dentro do que se entende por individualização judicial da pena. Por fim, na criminalização terciária, para a execução da pena, o condenado deve ser constantemente examinado e, de acordo com sua evolução dentro do programa de re-educação insito à punição, receber o benefício de um abrandamento ou o endurecimento do regime de cumprimento da pena.

Por se tratar do momento em que o indivíduo está mais vulnerável à arbitrariedade estatal, a fase judicial de cominação da punição permite o entendimento do real caráter da invocação do princípio da individualização da pena para a justificação da medida do castigo a ser imposto. É nessa ocasião que definitivamente se afirma de que lado está o condenado, misturando sua humanidade com números e racionais equações para nele marcar a penetração da condição de delinquente.

Sob esse enfoque, esta pesquisa priorizou a análise da “mecânica” (para usar um termo tão caro à percepção positivista) e dos recursos discursivos das sentenças condenatórias – na fase da criminalização secundária, portanto – proferidas no Distrito Federal (DF) nos anos de 2006 e 2007²⁶. Buscou-se a verificação da hipótese de que configura um mito moderno do sistema penal a segurança jurídica supostamente inerente ao princípio da

²⁶ Optou-se por esses anos a fim de se buscar uma compreensão completa e a mais recente possível sobre a prática da individualização judicial da pena.

individualização da pena, quando os indivíduos são menos individualizados que massificados e inseridos nos quadros da delinquência.

Para tanto, foi obtida, junto ao Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (TJDFT), uma listagem em que estavam contemplados os números de todos os processos em que houve decisão com resolução de mérito nas 36 varas de competência criminal do DF²⁷, incluídas as Varas do Tribunal do Júri e as de Entorpecentes e de Delitos de Trânsito, nos anos mencionados. Dessa lista, totalizou 21.881 processos, excluindo-se as duplicações. Inicialmente, foram tomados em amostra aleatória simples 473 processos. No entanto, ao se constatar que somente 40% desse quantitativo correspondiam à condenação²⁸, foram sorteados, mediante nova amostra aleatória simples sem reposição, mais 470 processos, o que resultou em 943, dos quais 374 apresentavam pelo menos uma condenação. Observou-se que a percentagem de processos com condenação se manteve em 40%, do que se estima que, do total de processos listados, 8.752 apresentavam condenação, garantida margem de erro não superior a 5% para a estimativa de duas proporções.

Considerando-se a possibilidade de haver mais de réu em um processo, notou-se que, dos 374 processos com condenação, havia um total de 436 réus (4 deles apareciam em mais de um processo). Ainda diante da eventualidade de um réu ser condenado por mais de um crime, foi constatado um total de 440 condenações, sendo que, para cada incidência da condenação, exige-se um procedimento de individualização da pena distinto. Assim, foram examinados 501 procedimentos de dosimetria da pena.

Na maior parte das vezes, havia um único réu condenado.

Tabela 1

Distribuição do número de réus por processo analisado

Número de réus por processo	Número de processos	Porcentagem
1	322	86,1%
2	42	11,2%
3	7	1,9%
4	2	0,5%

²⁷ Estão excluídos da pesquisa apenas os Juizados Especiais Criminais.

²⁸ Foram encontrados diversos tipos de decisões que não interessaram para o objetivo dessa pesquisa, a exemplo de absolvições, declarações de causas extintivas da punibilidade, entre outras.

5	1	0,3%
TOTAL	374	100,0%

Fonte: TJDF.T.

Da mesma forma, verificou-se que, em maioria, havia condenação por um único crime.

Tabela 2

Distribuição do número de incidências penais por condenação

Número de incidências penais	Número de condenações	Porcentagem
1	386	87,7%
2	47	10,7%
3	7	1,6%
TOTAL	440	100,0%

Fonte: TJDF.T.

De início, imaginava-se que todas as sentenças estariam com seus inteiros teores disponíveis no *site* do TJDF.T. No entanto, verificado que nem todas estavam presentes virtualmente, foi necessário ir a cada vara em que houvesse sentença sem inteiro teor disponibilizada na *internet*. De forma frequente, a decisão não estava publicada no livro de sentenças, em fase de extinção, e o processo estava em grau de recurso, o que instou o deslocamento até os gabinetes de desembargadores do TJDF.T.

De posse de cópias das sentenças, foram preenchidos formulários devidamente *individualizados* por réu no processo. Exemplificativamente, quando havia cinco réus num único processo, a cada um correspondia um formulário diferente. No formulário, admitia-se a possibilidade de esse único réu individualizado ter sido condenado por mais de um crime no mesmo processo, o que suscitaria mais de uma fixação da pena para cada incidência e para a pena total.

O formulário²⁹ exigia informações gerais sobre a condenação, como a vara, o número do processo, o nome do réu, o sexo do réu, o nome do juiz que sentenciou³⁰, o nome do juiz que interrogou, se a defesa foi pública ou por advogado particular.

²⁹ O modelo de formulário adotado consta do Apêndice B deste trabalho.

³⁰ Ao todo, foram examinadas sentenças redigidas por 69 juízes diferentes.

A partir desse ponto, deveria ser indicado o tipo penal da condenação – do que se constatou, conforme se verá, a predominância de apenas três tipos penais, quais sejam, roubo, furto e porte ilegal de arma de fogo – e se a pena-base foi fixada acima do mínimo. Cada circunstância judicial arrolada no artigo 59 do Código Penal admitia a marcação, desde que o magistrado exercesse um juízo negativo sobre a referida circunstância (o que não implica necessariamente que tenha usado a circunstância discursivamente mal valorada para aumentar a pena-base, frise-se). Para as circunstâncias “culpabilidade”, “motivos” e “consequências”, atrelou-se o questionamento acerca da possibilidade de a fundamentação atinente a tais circunstâncias ser inerente ao tipo penal da condenação. Em relação à circunstância “antecedentes”, vinculou-se a indagação a respeito da eventualidade de o juiz ter considerado incidentes penais distintos de condenação com trânsito em julgado para indicar negativamente essa circunstância. Quanto à “personalidade do agente”, foi perguntado se o sentenciante a ela se referia de modo atávico, no jargão “personalidade voltada para o crime” ou similares. Ao final, era necessário apontar o total da pena-base fixada.

Em seguida, dever-se-ia indicar se houve e quais agravantes e atenuantes foram aludidas na sentença. O mesmo procedimento foi adotado para as causas de aumento e de diminuição da pena. Por fim, anotava-se a pena fixada, corporal e pecuniária, se existisse, para aquele crime e seu regime de cumprimento. No final do questionário, havia a previsão de menção à pena total fixada, a qual representaria a pena definitiva, já somadas as eventuais penas decorrentes de outras condenações no mesmo processo. Por fim, era preciso marcar o regime de cumprimento da pena e seu motivo, se houve substituição da pena privativa de liberdade e suspensão condicional da pena e a justificativa para o caso de resposta negativa.

Procurou-se, assim, traçar não apenas a forma como se individualiza judicialmente a pena, mas também trazer um diagnóstico das condenações, a partir de variáveis que permitissem o cruzamento de dados por intermédio dos quais se pudesse vislumbrar a dimensão da aplicação do castigo no DF.

2.1 A INDIVIDUALIZAÇÃO JUDICIAL DA PENA

A individualização judicial da pena representa o momento em que o juiz, após detectar provas de autoria e de materialidade do delito imputado ao réu, decide condená-lo e aplicar-lhe uma sanção penal legalmente prevista e apta a reprovar e a prevenir a conduta antissocial perpetrada. Para tanto, utiliza-se de uma operação matemática que exige a ponderação das circunstâncias que envolveram o fato criminoso e dos caracteres individuais do condenado.

No Brasil, o procedimento de fixação da pena para o condenado segue o modelo trifásico proposto por Néelson Hungria, de acordo com o comando do *caput* do artigo 68 do Código Penal³¹, que dispõe (BRASIL, 2007, p. 286):

Cálculo da pena

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

Dessa forma, o sentenciante primeiramente deve analisar as circunstâncias descritas no artigo 59, chamadas de “judiciais” porque fazem com que cada carga de valor, positiva ou negativa, correspondente ao seu conteúdo, seja dada “*pelo juiz*” em cada caso concreto (BOSCHI, 2006, p. 189).

A partir do valor de pena-base que discricionariamente determinar, o juiz deve verificar se incidem na hipótese circunstâncias atenuantes, expostas no artigo 65 e, excepcionalmente, no artigo 66, e circunstâncias agravantes, referidas no artigo 61 e, se for o caso, no artigo 62. Verificadas quaisquer dessas circunstâncias, o magistrado acresce ou diminui o total da pena-base de acordo com seu próprio juízo, pois não há limitação legal para essa operação.

Por fim, o sentenciante deve analisar a presença de causas de aumento ou causas de diminuição de pena (vinculadas especificamente ao tipo penal da condenação ou localizadas na parte geral do Código Penal, como a tentativa, o crime continuado, etc.), que indicam números fracionados a serem incorporadas no cálculo da pena para definitivamente fixar a punição em relação à prática do crime em questão.

³¹ Os artigos citados neste tópico estão contidos no Código Penal brasileiro.

Com esse número final, o juiz também determinará o valor da pena de multa, se o tipo penal prever a cominação dessa modalidade de punição, nos termos dos artigos 49, 50 e 58. A quantidade de pena corporal fixada também apontará seu regime de cumprimento – aberto, semiaberto ou fechado –, a teor do artigo 33; a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade, segundo o artigo 44; e a conveniência de suspensão condicional da pena, nos limites do artigo 77.

A análise dos dados da pesquisa seguirá esse sequenciamento da equação matemática adotada pela legislação penal para calcular o adequado castigo a se infligir ao condenado.

2.2 CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS: A FIXAÇÃO DA PENA-BASE

Para a fixação da pena-base, o juiz deve levar em consideração as oito circunstâncias apontadas no artigo 59 e sopesá-las de acordo com seu poder discricionário, dentro das margens legais estipuladas pelo tipo penal da condenação. Diz o *caput* do artigo 59 (BRASIL, 2007, p. 285):

Fixação da pena

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

Na definição de Cirino dos Santos (2007, p. 560), essas circunstâncias podem ser divididas em “elementos do agente”, os mais importantes para a determinação da pena-base, quais sejam, culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente e motivos do crime; “elementos do fato”, não previstos expressamente como circunstâncias agravantes ou atenuantes, identificados nas circunstâncias e nas consequências do crime; e “elemento da vítima”, o comportamento da vítima.

A princípio, a pena-base só deve ser fixada acima do mínimo legal previsto para o crime em análise se alguma ou algumas dessas circunstâncias judiciais despontarem como desfavoráveis ao condenado, num juízo valorativo em que a conduta verificada extrapola os

limites insertos na norma de repressão. Nesse sentido, para a fixação da pena-base, o mínimo legal de punição já engloba a conduta antissocial padrão, do que se infere que, somente em casos excepcionais, a pena-base supera esse mínimo, como medida de caráter humanitário e não simplesmente fundado em lógica matemática (CIRINO DOS SANTOS, 2007, p. 560).

Todavia, verifica-se exatamente o oposto. Quando se trata de punir o indivíduo selecionado, a fixação da pena-base majoritariamente fica acima do mínimo legal. Esse dado demonstra que a marcha das condenações trabalha com o prevalecimento do que deveria ser excepcional.

Tabela 3

Relação entre o total de condenações e o patamar de fixação da pena-base

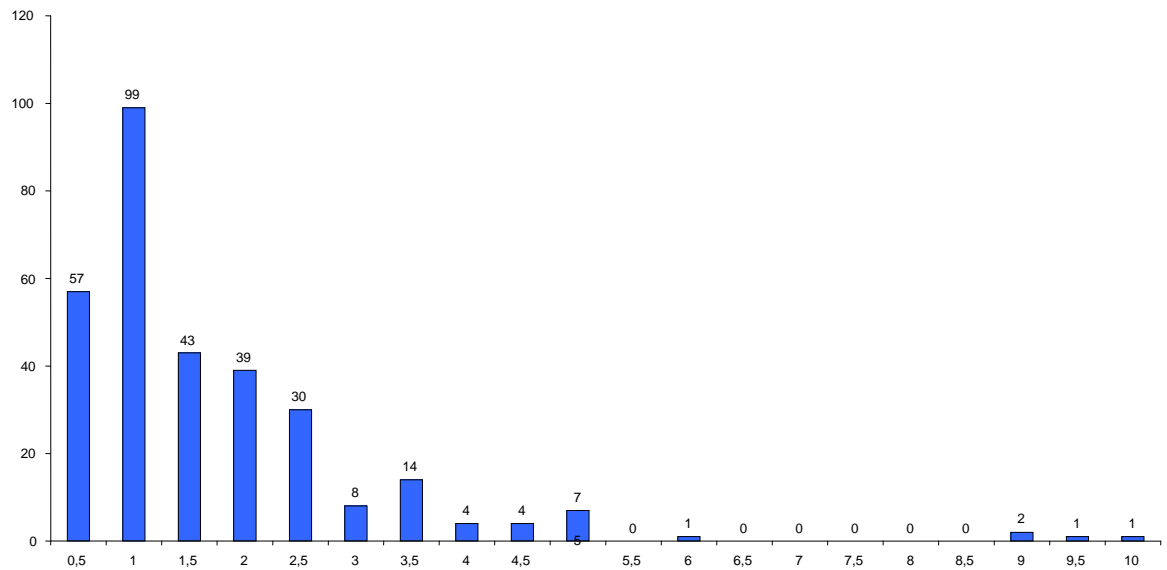
PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO?	FREQUÊNCIA	PORCENTAGEM
SIM	310	61,9%
NÃO	191	38,1%
TOTAL	501	100,0%

Fonte: TJDF.

Quando a pena-base é fixada acima do mínimo, numa escala de 0 (pena-base no mínimo) a 10 (pena-base no máximo), o valor estipulado não se distancia do patamar mínimo previsto para o tipo penal. Nesse sentido, a pena-base média de todas as condenações se assenta no índice 1,5 da escala de variação. Em 75% (3º quartil) das penas fixadas acima do mínimo, o índice é de 1,67. Por outro ângulo, em quase a totalidade desses casos (98%), o valor não ultrapassa a primeira parte da faixa de variação da pena-base, permanecendo na margem que vai até o índice 5.

Gráfico 1

Distribuição de índices de pena-base padronizada para o total de incidências com pena-base acima do mínimo



Fonte: TJDFT.

Tabela 4

Medidas de posição referentes à distribuição da pena padronizada para todas as incidências com pena-base acima do mínimo³²

ESTATÍSTICA	ÍNDICE
CONTAGEM	310
MÉDIA	1,5
1 ^o QUARTIL (25%)	0,56
MEDIANA (50%)	1
3 ^o QUARTIL (75%)	1,67
PENA ATÉ 1	50,2%
PENA ATÉ 2,5	86,2%
PENA ATÉ 5	98,1%
PENA ATÉ 7,5	98,4%

Fonte: TJDFT.

De qualquer forma, em face de todo o poder discricionário que é entregue ao juiz, a pena-base foge do mínimo legal para imprimir a carga punitiva que contorna a ação judicial.

³² No que concerne ao estudo da pena-base dentro de sua faixa de variação, procedeu-se da seguinte forma: para cada pena-base acima do mínimo, realizou-se “padronização” em uma escala de 0 a 10, correspondendo a 0 a pena-base mínima e a 10 a pena-base máxima. Assim, por exemplo, se as penas-base mínima e máxima são de 2 e 4 anos, respectivamente, uma pena padronizada igual a 5 corresponde ao tempo médio entre a mínima e a máxima, isto é, a 3 anos. A pena padronizada de 2,5 corresponde a 2 anos e meio e a padronizada igual a 7,5, a 3 anos e meio. Ou seja, quanto mais próximo de zero, mais próximo da pena-base mínima. Quanto mais próximo de 10, mais próximo da pena-base máxima.

2.2.1 Ofendendo os princípios do contraditório e da ampla defesa

Inicialmente, um dos objetivos desta pesquisa era identificar claramente quais circunstâncias judiciais, se aquelas que se referem aos elementos do agente ou as que dizem respeito aos elementos do fato, mais provocam a majoração da pena-base no cálculo da sanção penal. Entretanto, ao passo que os princípios do contraditório e da ampla defesa exigem que as circunstâncias judiciais que motivam o juiz a elevar a pena-base sejam indicadas, a pesquisa revela que não é possível alcançar esse dado com exatidão. Isso porque o fato de o juiz ter usado um discurso depreciativo no tocante à análise de alguma das circunstâncias não implica necessariamente que ele tenha deslocado a pena-base acima do mínimo legalmente previsto. Por outro lado, quando o magistrado aumenta o patamar da pena-base, faz menção a diversas circunstâncias judiciais, muitas vezes por meio de jargões jurídicos e de um discurso evasivo. Tal fato definitivamente compromete a compreensão do que efetivamente orienta o sentenciante a agravar a pena-base do condenado.

Do que se defender? Diante de uma prática que já se tornou trivial no modo de se fundamentar a aplicação da pena, a garantia da ampla defesa é escamoteada porque não há como refutar o que se desconhece. O cenário não poderia ser mais kafkiano, principalmente quando se tem em questão um momento crucial para a definição do futuro do indivíduo. Por isso, a dosimetria da pena dificulta o exercício da ampla defesa.

O que contraditar? A preservação da ampla defesa se associa à preservação do princípio do contraditório. Ambos são igualmente violados em face do descaso e da falta de clareza que envolvem a fixação da pena-base e que se naturalizam para nada representarem nos debates jurisprudenciais e serem apenas foco de uma crítica indireta dentro da discussão³³ maior atinente aos problemas de fundamentação que marcam a individualização judicial da

³³ Nesse sentido, Maria Lúcia Karam (2002, p. 26) defende a declaração parcial de nulidade da sentença condenatória em que se verifica uma aplicação da pena carente de fundamentação: “A ausência ou a deficiência destes fundamentos específicos contamina a sentença (ou o acórdão), de modo irremediável, exigindo a declaração de sua nulidade, para que o ato, inadequadamente realizado, necessariamente seja substituído por outro e não simplesmente complementado, não havendo possibilidade de simples complementação onde deve haver exame aprofundado do mérito ou de algum de seus aspectos, em discussão na causa considerada”. Da mesma forma, “não basta que o magistrado suscite um elemento categórico, encobrando-o por termos vagos e imprecisos. O requisito constitucional da fundamentação das decisões impõe a explicitação dos critérios, métodos e conceitos utilizados” (MACHADO, 2006).

pena. Da análise das sentenças, detectou-se a impossibilidade de se identificar, sem dúvidas, quais circunstâncias judiciais o juiz considerou para majorar a pena-base, bem como a ausência de fundamento evidente para a justificação do recrudescimento do castigo, tudo a configurar graves violações aos princípios do contraditório e da ampla defesa, tornando-se motivos de nulidade da sentença condenatória.

Diante desse quadro de insegurança, opta-se por adotar outra estratégia de investigação. Se não é possível indicar precisamente quais circunstâncias judiciais o juiz releva na fixação da pena-base, é viável mencionar as circunstâncias valoradas de modo negativo, ainda que não contribuam necessariamente para a variação do grau básico de punição. Dessa maneira, dois contextos surgem: a anotação de circunstância judicial desfavorável e a manutenção da pena-base no mínimo e a anotação de circunstância judicial seguida de pena-base acima do mínimo.

Tabela 5

Distribuição do número total de condenações em que houve anotação de circunstância judicial negativa em função da variação da pena-base

PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO?	ANOTAÇÃO DE CIRCUNSTÂNCIA NEGATIVA		TOTAL
	SIM	NÃO	
SIM	309 (99,7%)	1 (0,3%)	310 (100,0%)
NÃO	143 (74,9%)	48 (25,1%)	191 (100,0%)
TOTAL	452 (90,2%)	49 (9,8%)	501 (100,0%)

Fonte: TJDF.T.

Observa-se que pouco mais de 90% do total de condenações e que três quartos dos casos em que a pena-base se mantém no mínimo trazem consigo algum tipo de valoração discursiva negativa em relação à conduta do condenado ou à sua própria individualidade. Surge daí a constatação de que a violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa, derivada da impropriedade com que se fundamenta a fixação da pena-base, vincula-se a uma vontade de normalizar e de divulgar, por intermédio da retórica judicial, um modo “correto” de atividade humana, a exemplo do que se depreende seguinte fundamentação: “*sua personalidade dá indícios de que este pode ter sido um fato isolado em sua vida, desde que [...] se esforce, verdadeiramente, para buscar o arrependimento, por meio do retorno aos*

estudos e ao trabalho honesto, únicas formas das pessoas de bem conseguirem tudo aquilo que seus espíritos anseiam”³⁴. De qualquer forma, uma vez fixada no mínimo legal, não há justificativa para que o juiz desenvolva um raciocínio moralizador quando nem mesmo a lei o faz.

“A carência de critérios legais e doutrinários claros para a quantificação das penas dá margem a apreciações tão amplas e carentes de critérios reguladores que, praticamente, entrega esse campo à arbitrariedade, eliminando-se a chamada ‘legalidade das penas’” (ZAFFARONI, 2001, p. 28).

2.2.2 Discurso vazio e *bis in idem*: constantes da equação

Culpabilidade convencionalmente é circunstância judicial entendida como a reprovabilidade da conduta do agente imputável que, com potencial consciência da ilicitude, poderia ter agido de outro modo. Repita-se, é um juízo de reprovação, de censura, que o juiz faz, em nome da sociedade, ao imputável agente do fato típico e ilícito (TELES, 1998, p. 101).

Em linhas gerais, a maioria dos penalistas, alinhada à doutrina positivista do direito penal, consente acerca da circunstância judicial culpabilidade. José Frederico Marques (2002, p. 293) faz uma gradação:

[...] grave é a culpa quando a previsibilidade do evento lesivo está ao alcance de todo homem de mediana prudência; é leve, quando está ao alcance de certas e determinadas pessoas atentas e diligentes; é levíssima quando a previsão depende de uma atenção extraordinária e especialíssima.

No entanto, há autores que se insurgem contra essa vertente doutrinária. José Antonio Paganella Boschi (2006, p. 200) indaga: “como pode o juiz demonstrar, objetivamente, na sentença, com um mínimo de certeza, que o acusado, na data do fato, tinha todas as condições para adotar outra conduta e evitar o crime?”. O mesmo jurista ressalta ainda que “a culpabilidade é um dogma em direito”.

³⁴ Esse trecho consta de sentença (processo 2005.03.1.004895-0) em que, apesar do discurso normalizador, a pena-base foi fixada no mínimo legal.

Cirino dos Santos (2007, p. 561) reforça a crítica:

A culpabilidade como *circunstância judicial*, introduzida pela reforma penal de 1984 em substituição ao critério da “*intensidade do dolo ou grau de culpa*” da lei anterior, aparece em posição incômoda: a *culpabilidade* do autor pela realização do tipo de injusto não é mero elemento *informativo* do juízo de reprovação, mas o próprio *juízo de reprovação* pela realização do *tipo de injusto* (o que é reprovado), cujos fundamentos são a *imputabilidade*, a *consciência da antijuridicidade* e a *exigibilidade de comportamento diverso* (porque é reprovado). A definição da culpabilidade como *circunstância judicial* de formulação do *juízo de reprovação* constitui impropriedade metodológica, porque o *juízo de culpabilidade*, como elemento do conceito de crime, não pode ser, ao mesmo tempo, simples *circunstância judicial* de informação do juízo de culpabilidade.

Gilberto Ferreira (1998, p. 81) também se manifesta nessa linha, afirmando que a redação do artigo não foi feliz do ponto de vista técnico, já que a questão da reprovação e da prevenção é ínsita à própria pena.

A culpabilidade desponta como a circunstância judicial mais invocada pelos juízes, seja quando a pena-base ficou no mínimo, seja quando ficou acima do mínimo. Toda vez em que o magistrado aludiu à culpabilidade, ainda que por meio de jargões, a culpabilidade foi anotada para demonstrar a valoração negativa relacionada a essa circunstância judicial.

Tabela 6

Índice de anotação de cada circunstância judicial em função da pena-base no total de incidências

CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL	PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO	PENA-BASE NO MÍNIMO
1. CULPABILIDADE	76,5%	66,5%
2. ANTECEDENTES	48,4%	14,1%
3. PERSONALIDADE	47,7%	11,0%
4. CONSEQUÊNCIAS	34,5%	11,5%
5. MOTIVOS	34,2%	21,5%
6. CIRCUNSTÂNCIAS	28,7%	5,8%
7. CONDUTA SOCIAL	17,4%	2,6%
8. COMPORTAMENTO DA VÍTIMA	14,2%	6,3%

Fonte: TJDFT.

De forma pormenorizada, percebe-se que a anotação da circunstância culpabilidade ocorreu em três quartos do total de incidências. Ainda quando a pena-base se manteve no

mínimo, em dois terços desses casos, no total de incidências, o julgador fez alguma referência valorativa à culpabilidade do réu.

Tabela 7

Distribuição do número de incidências em que houve anotação de culpabilidade em relação ao total de incidências

PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO?	CULPABILIDADE		TOTAL
	SIM	NÃO	
SIM	237 (76,5%)	73 (23,5%)	310 (100,0%)
NÃO	127 (66,5%)	64 (33,5%)	191 (100,0%)
TOTAL	364 (72,7%)	137 (27,3%)	501 (100,0%)

Fonte: TJDF.T.

Teoricamente, o apontamento da culpabilidade na sentença deve se limitar à hipótese de o enquadramento da conduta delitiva exacerbar a previsão típica contida na norma penal. Assim, para que a culpabilidade seja motivo para majoração da pena-base, o magistrado deve indicar minuciosamente, em referência direta ao fato criminoso, os fatores específicos do caso concreto que extrapolam a descrição padrão do delito.

Mas a fundamentação, verificada nas sentenças, para a indicação da culpabilidade como circunstância judicial na fixação da pena-base veicula um discurso mecânico, automático. Por assim ser, desvirtua-se o sentido que o próprio discurso jurídico-penal defende quando se refere ao caráter humanizador e individualizado da aplicação da pena.

Existe, na realidade, uma tensão entre duas orientações na atividade judicial: de um lado, pretende-se dar primazia à igualdade, com o intuito de tratar todos da mesma forma; de outro, cada caso apresenta particularidades únicas, a exigir uma abordagem individualizada (HUTTON, 1999, p. 575). Diante dessas diretrizes, o julgador prioriza a condenação formal, sem conseguir explicar a dinâmica do fato em julgamento, abandonando assim o próprio sentido da individualização.

Por isso, os juízes costumam afirmar que o comportamento do réu é reprovável porque o condenado cometeu um ato criminoso quando poderia ter adotado uma conduta diversa, o que o torna culpável. Não se trata de casos excepcionais. Para abordarem a culpabilidade do agente, os julgadores dizem muito e explicam pouco. Expressões do tipo “a

*conduta demonstrada pelo acusado evidencia regular índice de reprovabilidade, tendo em vista que possuía o potencial conhecimento da ilicitude dos fatos, sendo socialmente reprovável o seu proceder quando dele se exigia comportamento diverso*³⁵ são tão corriqueiras quanto vazias de conteúdo.

Quer quando o magistrado adotou a argumentação que diz muito e nada explica, quer quando apenas transcreveu o tipo penal no exame da culpabilidade sem explicitar o motivo que tornou a conduta em questão mais digna de repressão, em apontamento da culpabilidade com fundamentação inerente ao tipo da condenação, a circunstância judicial culpabilidade foi anotada. Sob essa perspectiva, 80% dos casos em que a pena-base foi fixada acima do mínimo apresentaram *fundamentação inerente ao tipo*³⁶. Tais índices revelam que a culpabilidade se tornou mais um recurso discursivo versátil e conveniente para a majoração da pena-base infligida ao condenado.

Tabela 8

Distribuição de marcação de *fundamentação inerente ao tipo* em função da culpabilidade considerando todas as incidências dessa circunstância judicial

CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL	FUNDAMENTAÇÃO INERENTE AO TIPO			TOTAL
	SIM	NÃO	NÃO INFORMADO	
CULPABILIDADE	311 (85,4%)	41 (11,3%)	12 (3,3%)	364 (100,0%)

Fonte: TJDFT.

Tabela 9

Distribuição de marcação de *fundamentação inerente ao tipo* em função da culpabilidade considerando as incidências com pena-base acima do mínimo

CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL	FUNDAMENTAÇÃO INERENTE AO TIPO			TOTAL
	SIM	NÃO	NÃO INFORMADO	
CULPABILIDADE	190 (80,2%)	39 (16,5%)	8 (3,3%)	237 (100,0%)

Fonte: TJDFT.

Ora, a partir do momento em que o julgador já decidiu pela condenação de um réu imputável não amparado por nenhuma excludente de ilicitude ou de culpabilidade, o que se

³⁵ Trecho da sentença prolatada no processo 2006.09.1.001171-3.

³⁶ A fundamentação inerente ao tipo é aquela que apenas relata a reprovabilidade já prevista na tipificação penal.

pode esperar de sua conduta? Que não fosse juridicamente reprovável? O que se esperar do condenado? Que não tivesse adotado comportamento diverso?

Aliado a essa forma de se dizer muito e nada ao mesmo tempo está o exame da culpabilidade em que o julgador apenas repete o que a norma penal já prescreve. Exemplo disso está na fundamentação de uma pena aplicada a quem cometeu o crime de furto em que se diz que a conduta do réu é reprovável porque *subtraiu o bem de outra pessoa* ou, a quem cometeu um homicídio, porque *tirou a vida de alguém*. Dessa problemática, deriva a observação de Zaffaroni (2001, p. 260), para quem “é realmente difícil estabelecer o grau de reprovabilidade; definitivamente, este costuma resultar quase tão arbitrário quanto a periculosidade e outros similares”. Quando se propaga esse tipo de argumentação jurídica, naturaliza-se um modo camuflado, ainda que não intencional, de se legitimar uma imposição irracional do castigo.

A mesma circunstância não deve, portanto, prestar-se para punir mais de uma vez o condenado: essa é a previsão do princípio do *ne bis in idem*. Assim, quando o julgador argumenta que determinado elemento do agente, do crime ou da vítima impõe o aumento da pena, o cálculo se complementa e se encerra aí a ponderação acerca da possibilidade de se definir a sanção penal a partir de um dado já analisado. Este não poderá ser novamente invocado a fim de que a equação se mantenha “pura”.

Configura *bis in idem*, ilustrativamente, uma hipótese em que o juiz releva um antecedente criminal do réu na fixação da pena-base e, na segunda fase, considera o mesmo incidente como a agravante da reincidência, nos termos dos artigos 63 e 64 do Código Penal, reforçando o resultado da pena cominada.

Mas não é sempre que se verifica de forma tão evidente o *bis in idem*. Quando se decide a criminalização de uma específica conduta, a norma penal contempla a carga punitiva pretendida para a reprovação e a prevenção daquele comportamento, durante a criminalização primária, a partir da descrição do ilícito penal e da respectiva apenação com as margens de fixação da pena-base.

Dentro dessa previsão normativa, em tese, já estão incorporados os patamares padrões referentes à culpabilidade, aos motivos e às consequências do crime. Por exemplo, no instante em que o magistrado condena um indivíduo pelo crime de furto, a reprovabilidade da

conduta em grau comum de culpabilidade, a motivação consistente na obtenção de lucro fácil e a privação do bem furtado por parte da vítima como consequência do delito constituem circunstâncias inerentes ao tipo penal. Desse modo, não mais podem ser considerados na apreciação das circunstâncias judiciais se não extravasarem a padronização normativa.

Os motivos do crime configuram a quinta circunstância judicial mais apontada pelo sentenciante em juízo valorativo negativo³⁷. Assim, os motivos foram referenciados em quase 30% do total de incidências.

Tabela 10

Distribuição do número de incidências em que houve anotação de motivos em relação ao total de incidências

PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO?	MOTIVOS		TOTAL
	SIM	NÃO	
SIM	106 (34,2%)	204 (65,8%)	310 (100,0%)
NÃO	41 (21,5%)	150 (78,5%)	191 (100,0%)
TOTAL	147 (29,3%)	354 (70,7%)	501 (100,0%)

Fonte: TJDFT.

Como quarta circunstância mais relevada na valoração negativa adotada pelo juiz na fixação da pena-base³⁸, as consequências do crime são indicadas em um terço das incidências com pena-base fixada acima do mínimo.

Tabela 11

Distribuição do número de incidências em que houve anotação de consequências do crime em relação ao total de incidências

PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO?	CONSEQUÊNCIAS DO CRIME		TOTAL
	SIM	NÃO	
SIM	107 (34,5%)	203 (65,5%)	310 (100,0%)
NÃO	22 (11,5%)	169 (88,5%)	191 (100,0%)
TOTAL	129	372	501

³⁷ Conferir a Tabela 6 (f. 91).

³⁸ Conferir a Tabela 6 (f. 91).

(25,7%)	(74,3%)	(100,0%)
---------	---------	----------

Fonte: TJDFT.

Da mesma maneira com que se observa no exame da culpabilidade com fundamentação inerente ao tipo, também predomina, no que tange aos motivos, a proibição de *bis in idem*. “Motivos que integram as características do tipo de injusto, ou que são previstos como circunstâncias agravantes ou atenuantes genéricas, não podem ser considerados para fixação da pena-base” (CIRINO DOS SANTOS, 2007, p. 566). Enfim, a motivação para o cometimento do crime pode integrar a própria definição do tipo penal, daí porque o juiz deverá redobrar os cuidados, ao fixar a pena-base, para não incorrer no erro de considerar duplamente a mesma causa (BOSCHI, 2006, p. 215).

A advertência para as circunstâncias culpabilidade e motivos continua válida no momento em que são aferidas as consequências do crime. Por esse sentido, Boschi (2006, p. 216) assinala que “as consequências do crime [...] são evidentemente aquelas que se projetam para ‘além do fato típico’, porque, se assim não fosse, poderia acarretar a quebra da regra do *ne bis in idem*, nomeadamente naqueles casos em que aparecem compondo a figura penal”. Cirino dos Santos (2007, p. 567) esclarece ainda que o princípio da culpabilidade exige que, para que a pena-base seja majorada, o agente preveja as consequências extratípicas que sua conduta irá produzir.

Em suma, para que a culpabilidade, os motivos e as consequências do crime impulsionem o recrudescimento da pena-base, é necessário que tais circunstâncias ultrapassem os limites da previsão normativa típica, pois, do contrário, provoca-se a incidência de *bis in idem*.

Todavia, uma armadilha é montada. As três circunstâncias judiciais em questão são constantemente indicadas de forma negativa pelos juízes. Se não chegam a estimular o aumento da pena-base – em face da total impossibilidade de se divisar quais circunstâncias judiciais efetivamente se serviram para esse fim –, são tratadas em referências automatizadas, com fundamentação inerente ao tipo e, por isso, nulas, diante do flagrante *bis in idem*. Os dados mostram que o *bis in idem* é praticamente uma constante na equação:

Tabela 12

Distribuição de marcação de *fundamentação inerente ao tipo* em função da circunstância judicial considerando todas as incidências

CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL	FUNDAMENTAÇÃO INERENTE AO TIPO			TOTAL
	SIM	NÃO	NÃO INFORMADO	
CULPABILIDADE	311 (85,4%)	41 (11,3%)	12 (3,3%)	364 (100,0%)
MOTIVOS	119 (81,0%)	19 (12,9%)	9 (6,1%)	147 (100,0%)
CONSEQUÊNCIAS	58 (45,0%)	63 (48,8%)	8 (6,2%)	129 (100,0%)

Fonte: TJDFT.

Tabela 13

Distribuição de marcação de *fundamentação inerente ao tipo* em função da circunstância judicial considerando as incidências com pena-base acima do mínimo

CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL	FUNDAMENTAÇÃO INERENTE AO TIPO			TOTAL
	SIM	NÃO	NÃO INFORMADO	
CULPABILIDADE	190 (80,2%)	39 (16,5%)	8 (3,3%)	237 (100,0%)
MOTIVOS	83 (78,3%)	15 (14,2%)	8 (7,5%)	106 (100,0%)
CONSEQUÊNCIAS	45 (42,1%)	55 (51,4%)	7 (6,5%)	107 (100,0%)

Fonte: TJDFT.

Não basta, para suscitar um efeito tão grave para a vida de um ser humano, esse modelo de abordagem das circunstâncias judiciais. O juiz não está obrigado a dissertar acerca de cada uma dessas circunstâncias. Se o faz, está a afirmar que tais elementos são prejudiciais ao réu. Sua opção de mencionar a circunstância sem devidamente *individualizar* o elemento circunstanciador representa uma agressão a mais no âmbito da violência estatal disfarçada pela “racionalidade” da individualização da pena, ainda mais quando se tem em consideração o simples fato de que nada foi individualizado. O discurso é vazio, leve, tecnológico, e ainda assim continua fundamentando a decisão que impõe o tempo do castigo, o futuro do condenado.

2.2.3 Antecedentes: pena e estigma eternos

Sob a égide de postulados positivistas, diz-se que, ao aplicar a pena, o juiz deve consignar tudo que existiu ou aconteceu ao agente antes do fato criminoso, para uma boa avaliação subjetiva do crime. O julgador então avalia a forma de vida do indivíduo, o modo de seu sustento, sua dedicação ao trabalho, sua vida familiar e outros elementos que não se

confundam com seus antecedentes criminais, embora estes também possam ser levados em consideração (BEMFICA, 2001, p. 234).

Segundo uma interpretação mais restritiva, os antecedentes seriam negativamente valorados somente quando redundassem em condenações criminais anteriores, com trânsito em julgado, que não se encaixassem na modalidade de reincidência. Em atenção ao princípio da presunção de não-culpabilidade, essa é a única forma de se conceber a majoração da pena-base por força dos antecedentes. Não é recente a afirmação de Heleno Cláudio Fragoso (1990, p. 322) no sentido de que “os processos judiciais anteriores contra o acusado, que tenham conduzido à sua absolvição, são irrelevantes. Presume-se a inocência de toda pessoa acusada”.

No entanto, esse entendimento ainda está longe de se tornar dominante. Ao contrário, conforme expõe Salo de Carvalho (2004, p. 50), são características intrínsecas à antecedência criminal a amplitude, a negatividade, a subjetividade, a relatividade e a perpetuidade. O conceito é amplo porque, em tese, qualquer fato pretérito que envolva o acusado pode ser levado em conta pelo julgador para majoração da pena. É negativo, uma vez que revela a tendência judicial em considerar apenas os “maus antecedentes” do autor, sendo excluídos os fatos “nobres”. É subjetivo, pois é o juiz que os seleciona arbitrariamente, sendo, portanto, relativos, visto que importam basicamente os registros policiais e civis. Por fim, os antecedentes têm caráter perpétuo, já que, diferentemente da reincidência, não possuem limitação temporal para seu uso na aplicação da pena.

Os antecedentes correspondem à segunda circunstância judicial mais lembrada pelos magistrados no momento de fundamentar a aplicação da pena-base³⁹. Isso porque estão negativamente valoradas em quase metade das vezes em que a pena-base foi fixada acima do mínimo.

Tabela 14

Distribuição do número de incidências em que houve anotação de antecedentes em relação ao total de incidências

PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO?	ANTECEDENTES		TOTAL
	SIM	NÃO	
SIM	150	160	310

³⁹ Conferir a Tabela 6 (f. 91).

	(48,4%)	(51,6%)	(100,0%)
NÃO	27 (14,1%)	164 (85,9%)	191 (100,0%)
TOTAL	177 (35,3%)	324 (64,7%)	501 (100,0%)

Fonte: TJDFT.

Como forma de procurar atestar a anotação dos antecedentes em desacato ao princípio constitucional da presunção de não-culpabilidade, configurava um dos objetivos da pesquisa a certificação do quanto os juízes relevam incidentes penais distintos de condenação criminal transitada em julgado na análise dos precedentes do condenado. Entretanto, ao se examinar as primeiras sentenças, percebeu-se que não é possível extrair esse dado das leituras das decisões. De que forma se poderia aferir de fundamentações que se limitam a afirmar tão-somente que “*os antecedentes são desabonadores*” ou “*registra maus antecedentes*” alguma conclusão a respeito de quais são concretamente esses registros depreciativos? Novamente a insegurança e a carência de fundamentação na dosimetria da pena assumem proeminência na forma com que se aplica o castigo ao condenado.

Mais do que isso, não é frequente a atitude de minudenciar as causas que levam o juiz a aumentar a pena-base, em indicar precisamente os motivos para se repreender com mais vigor o sentenciado. Paradoxalmente, evita-se a individualização para dar vazão a um modo lacônico e cruel de se conferir as bases de justificação da aplicação da pena. A garantia que resta é a de que aquela pena será perpétua porque seus efeitos transcenderão a marcha do tempo, marcando eternamente a vivência de um indivíduo desqualificado.

De outro lado, não importa se a conduta reputada como reprovável tenha sido cometida há tempos. O estigma da delinquência é inextinguível e os antecedentes são o registro que sempre lembrará a periculosidade do delinquente.

Ao final, a discussão acerca da indicação de eventos jurídicos como inquéritos policiais, arquivados ou em andamento, absolvições ou condenações criminais ainda não transitadas em julgados perde sua essência diante do fato de que os próprios antecedentes, sejam eles quais forem, não deveriam ser arrolados como circunstâncias judiciais para a fixação da pena. Sob a vigência do imperativo constitucional da presunção de não culpabilidade, não se admite a perpetuidade de uma pena, principalmente se for para agravar outra pena.

2.2.4 “Personalidade voltada para o crime” e conduta social no discurso medicalizado

A personalidade do agente e sua conduta social são as circunstâncias judiciais mais indicativas da opção normalizadora de castigar o indivíduo com base no seu grau de dissociação com a padronização comportamental imposta pelo discurso jurídico-penal. No instante em que se afere a personalidade e a conduta social do condenado, mais se reforça a intenção de identificar a diferença para marcar o indivíduo com o estigma da delinquência, apontar-lhe a anormalidade e lhe infligir um “tratamento”, uma proposta curativa, de acordo com o programa de “ortopedia social”.

A referência para a conduta social está, resumidamente, no comportamento do réu em seu meio familiar e laboral (PRADO, 2002, p. 424). Numa tentativa de não se confundir com o conceito de antecedentes, a conduta social é verificada no comportamento do indivíduo em suas representações sociais cotidianas. Não importam o seu envolvimento com fato delitivo que lhe é imputado ou sua vida criminal progressa. Quer-se saber unicamente se o sujeito é “bom”. Sim, a percepção é maniqueísta e, por consequência, simplista, o que não poderia ser diverso, porquanto se pretenda avaliar a “bondade” do delinquente, a partir do objetivo de se infundir uma moralidade eleita como correta e apta a informar a necessidade de um reforço na punição do sujeito.

A preocupação com a forma com que se lida com a conduta social do indivíduo provoca críticas. Há a defesa de que a conduta social só pode ser avaliada positivamente. Se o réu tiver conduta “ajustada”, “será beneficiado por isso, mas, do contrário, a circunstância não deve ser levada em consideração no momento da fixação da pena, pois que representaria o julgamento do homem pelo que ele é, e não do homem pelo que ele fez” (TELES, 1998, p. 106). A conduta social integra a noção de antecedentes (FERREIRA, 1998, p. 85), o que já evidencia a impropriedade e a incoerência na distinção retórica das duas categorias.

Talvez em virtude das dificuldades apontadas, a conduta social é circunstância judicial pouco relevada pelos julgadores⁴⁰. No total de incidências, está referenciada em apenas 11% dos casos.

⁴⁰ Conferir a Tabela 6 (f. 91).

Tabela 15

Distribuição do número de incidências em que houve anotação de conduta social em relação ao total de incidências

PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO?	CONDUTA SOCIAL		TOTAL
	SIM	NÃO	
SIM	54 (17,4%)	256 (82,6%)	310 (100,0%)
NÃO	5 (2,6%)	186 (97,4%)	191 (100,0%)
TOTAL	59 (11,8%)	442 (88,2%)	501 (100,0%)

Fonte: TJDFT.

A conduta social, então, não é tão significativa no momento da fixação da pena-base, principalmente porque, reiteradas vezes, o juiz apenas tangencia a circunstância judicial com o argumento de que não há elementos suficientes para aferir a conduta social do réu.

Todavia, a personalidade do agente desponta como terceira circunstância judicial mais indicada pelos magistrados⁴¹. Em quase metade das ocasiões em que a pena-base foi fixada acima do mínimo, a personalidade foi negativamente valorada.

Tabela 16

Distribuição do número de incidências em que houve anotação de personalidade do agente em relação ao total de incidências

PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO?	PERSONALIDADE DO AGENTE		TOTAL
	SIM	NÃO	
SIM	148 (47,7%)	162 (52,3%)	310 (100,0%)
NÃO	21 (11,0%)	170 (89,0%)	191 (100,0%)
TOTAL	169 (33,7%)	332 (66,3%)	501 (100,0%)

Fonte: TJDFT.

O exame da personalidade do agente na fixação da pena-base se orienta por uma perspectiva eminentemente determinista, considerando o comportamento humano como dado

⁴¹ Conferir a Tabela 6 (f. 91).

limitado e permanente. Acredita-se que o autor do crime conformou sua personalidade de maneira a incorporar “inclinações” que o arrastam para a prática de atos delituosos. É o indivíduo a que se conferiu a denominação de “criminoso nato”. Uma vez que haja um padrão de vida que torne censurável o criminoso, o juízo de reprovação que se consubstancia na culpabilidade deve também recair em sua personalidade.

Sob esse ângulo, a doutrina penal predominante defende a ideia de que a personalidade deve ser entendida como conjunto de qualidades morais do agente que refletem o psíquico do delinquente, incluindo a periculosidade (JESUS, 2003, p. 556). Nesse caminho, argumenta-se que, a partir da apreciação da personalidade, registram-se qualidades morais, a boa ou má índole, o sentido moral do criminoso, além de sua agressividade e o antagonismo com a ordem social intrínsecos a seu temperamento (MIRABETE, 2004, p. 294). A personalidade do agente assume especial importância para o agravamento da pena, sob o entendimento de que os criminosos possuidores de personalidade antissocial devem receber penas mais severas porque suas propensões são contrárias ao direito, de acordo com a meta de se buscar uma “fórmula justa e democrática de dar a cada um o que é seu, o que efetivamente merece” (NUCCI, 2005, p. 216).

Por outra percepção, a impertinência da personalidade do agente como objeto da repressão penal suscita substanciais censuras. Incisivamente, Roberto Lyra (1971, p. 109) já alerta que “não há ‘personalidade de criminoso’. Há homens ou mulheres, com ou sem personalidade, que se tornam autores de crimes. Procura-se o homem criminoso e encontra-se o homem mesmo”.

Quando se tem em conta o caráter político da distribuição do *status* de delinquente, fica ainda mais nítida a concepção de uma personalidade naturalmente distorcida no discurso racional do direito penal. Contrariamente a essa visão, Lola Aniyar de Castro (1983, p. 66) lembra que ninguém é essencialmente um delinquente. Indo além, ninguém é delinquente todos os dias, nos quais a sua conduta e a sua personalidade são semelhantes às cotidianas, lícitas ou não, de muitas outras pessoas. Ser ou não um delinquente depende muito mais de um contexto social que de uma conformação atávica de um criminoso nato.

Essa naturalização da personalidade bem demonstra a missão reducionista de resumir o comportamento humano em uma adjetivação simplificante. Ignora-se a complexidade dos

sujeitos em prol da proliferação de categorias impregnadas de preconceitos com carapuças científicas. Assim, as sentenças condenatórias se pautam pelo determinismo, que se notabiliza em expressões como “personalidade voltada para o crime”, “personalidade distorcida”, “personalidade comprometida com a prática de delitos”, como se verá na tabela abaixo. Ao fim, o julgador se aventura em dissertar sobre o que não conhece, como um grande perito onisciente (MACHADO, 2008a, p. 110-111). Com esse viés, a vinculação da personalidade do agente a uma representação determinista do comportamento humano está presente em 90% das incidências penais em que essa circunstância judicial foi anotada.

Tabela 17

Distribuição da marcação de personalidade do agente com “personalidade voltada para o crime”

PERSONALIDADE DO AGENTE	“PERSONALIDADE VOLTADA PARA O CRIME”		TOTAL
	SIM	NÃO	
PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO	134 (90,5%)	14 (9,5%)	148 (100,0%)
TODAS AS CONDENAÇÕES	149 (88,2%)	20 (11,8%)	169 (100,0%)

Fonte: TJDFT.

De modo ainda mais estarrecedor, são raras as sentenças em que há alguma preocupação em fundamentar o rótulo da “personalidade voltada para o crime” imposto ao delinquente, como se a expressão justificasse a si mesma, principalmente diante de tão flagrante degeneração do condenado. A constatação é rápida e não demanda maiores ilações: o sujeito é “desajustado”, “desviado”, e por isso merece uma pena mais rigorosa. Manifesta-se assim o que Foucault (2006, p. 251) indica como “um desejo furioso de parte dos juízes de medir, avaliar, diagnosticar, reconhecer o normal e o anormal; e a honra reivindicada de curar ou readaptar”.

Quem se dispõe a determinar o conteúdo da personalidade de outro tende a analisar com base nos próprios atributos de personalidade, que acabam sendo eleitos como paradigmas (BOSCHI, 2006, p. 207). Esquece-se de que o caráter humano não é um dado natural. Ao contrário, a personalidade de um indivíduo é complexa, mutante e sujeita a inúmeras variáveis. Qualquer retrato desse elemento humano apenas representa um momento

demasiadamente limitado da manifestação do comportamento observado. Nesse sentido, explica Cirino dos Santos (2007, p. 565):

Finalmente, a *personalidade* como natureza concreta de sujeitos reais é um produto histórico em processo de constante formação, transformação e deformação, de modo que eventuais traços de caráter constituem *cortes* simplificados, imprecisos e transitórios da natureza humana, como produto bio-psíquico-social do conjunto das relações históricas concretas do indivíduo.

Como respaldar cientificamente o exame da personalidade e da conduta social do delinquente? O discurso que se referencia na medicina pretensamente fornece o substrato racional para a formulação dos juízos valorativos acerca do comportamento do criminoso. O resultado dessa equação é que, em dois terços das vezes em que a conduta social é negativamente valorada, a personalidade do agente também o é. Somam-se as duas circunstâncias judiciais e se possibilita, assim, o agravamento da pena em função do grau de desvio da normalidade verificado no comportamento do delinquente.

Tabela 18

Distribuição da marcação de conduta social combinada com personalidade do agente

CONDUTA SOCIAL	PERSONALIDADE DO AGENTE		TOTAL
	SIM	NÃO	
PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO	36 (66,7%)	18 (33,3%)	54 (100,0%)
TODAS AS CONDENAÇÕES	38 (64,4%)	21 (35,6%)	59 (100,0%)

Fonte: TJDF.T.

Aqui, o fato criminoso, que outrora foi a justificativa para a intervenção punitiva, perde espaço para o mais puro objetivo de engessar moralmente o sujeito. Foucault (2006, p. 211) sublinha a conveniência desse procedimento:

À medida que a biografia do criminoso acompanha na prática penal a análise das circunstâncias, quando se trata de medir o crime, vemos os discursos penal e psiquiátrico confundirem suas fronteiras; e aí, em seu ponto de junção, forma-se aquela noção de indivíduo “perigoso” que permite estabelecer uma rede de causalidade na escala de uma biografia inteira e estabelecer um veredicto de punição-correção.

O discurso clínico prevalece, permitindo uma invasão na interioridade do sujeito à conta de uma necessidade de prevenção especial da criminalidade. Enquanto invocam a

cientificidade para endossar seus fundamentos, os juízos valorativos traduzem a supressão das diferenças, a caminho da homogeneização social, bem ao estilo schmittiano.

Daí a preocupação de Winfried Hassemer (2005, p. 156), para quem o acusado não pode se tornar “objeto de sondagem” na determinação da pena, segundo o entendimento de que “os antecedentes, as relações pessoais e econômicas, o prognóstico de futuros comportamentos – estes elementos podem prejudicar gravemente o direito à privacidade que o culpado também tem”.

Ao final, na busca pelo “tratamento” do delinquente, autoriza-se, na fixação da pena, uma devassa ilimitada em campos da vida humana que, sob nenhum pretexto, deveriam ser investigados nos termos de um Estado Democrático de Direito que resguarda o direito à diferença.

2.2.5 Correlação entre circunstâncias judiciais e crimes

Em relação a cada categoria penal⁴², a pena-base é majoritariamente fixada acima do mínimo em nove diferentes categorias, enquanto apenas três apresentam percentual maior de pena-base no mínimo em relação ao percentual de pena-base fixada acima do mínimo.

Tabela 19

Distribuição de categorias penais classificadas por proporção de incidências com pena-base no mínimo e acima do mínimo

CATEGORIA PENAL	PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO?		TOTAL
	SIM	NÃO	
HOMICÍDIO	32 (94,2%)	2 (5,8%)	34 (100,0%)
FRAUDE	25 (83,3%)	5 (16,7%)	30 (100,0%)
CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	11 (78,6%)	3 (21,4%)	14 (100,0%)
ENTORPECENTES	38 (66,7%)	19 (33,3%)	57 (100,0%)

⁴² Neste trabalho, as categorias penais reúnem, em grupos genéricos, condutas típicas assemelhadas e pulverizadas na legislação.

ROUBO	74 (65,5%)	39 (34,5%)	113 (100,0%)
OUTROS	14 (63,6%)	8 (36,4%)	22 (100,0%)
VIOLÊNCIA SEXUAL	7 (63,6%)	4 (36,4%)	11 (100,0%)
RECEPTAÇÃO	13 (61,9%)	8 (38,1%)	21 (100,0%)
FURTO	51 (54,3%)	43 (45,7%)	94 (100,0%)
FALSIDADE DOCUMENTAL	8 (47,1%)	9 (52,9%)	17 (100,0%)
CRIMES DE TRÂNSITO	6 (46,2%)	7 (53,8%)	13 (100,0%)
ARMAS	27 (44,3%)	34 (55,7%)	61 (100,0%)
CORRUPÇÃO DE MENORES	4 (28,6%)	10 (71,4%)	14 (100,0%)
TOTAL	310	191	501

Fonte: TJDF.T.

Da análise proporcional de incidência de cada circunstância judicial para cada categoria penal, resulta a constatação de que os elementos do agente, a exemplo da culpabilidade, da personalidade e dos antecedentes, são muito mais decisivos para a quantificação da sanção penal que os elementos do fato, principalmente quando a pena-base é fixada acima do mínimo.

Tabela 20

Distribuição de ocorrência de categoria penal em função das circunstâncias judiciais – todas as incidências

TIPO PENAL	CULPABILIDADE	ANTECEDENTES	CONDUTA SOCIAL	PERSONALIDADE	MOTIVOS	CIRCUNSTÂNCIAS	CONSEQUÊNCIAS	COMPORTAMENTO DA VÍTIMA	TOTAL DE INCIDÊNCIAS
ROUBO	84 (74,3%)	50 (44,2%)	6 (5,3%)	50 (44,2%)	37 (32,7%)	29 (25,7%)	37 (32,7%)	14 (12,4%)	113
FURTO	57 (60,6%)	45 (47,9%)	8 (8,5%)	33 (35,1%)	26 (27,7%)	9 (9,6%)	19 (20,2%)	11 (11,7%)	94
ARMAS	39	7	3	11	11	4	1	2	61

	(63,9%)	(11,5%)	(4,9%)	(18,0%)	(18,0%)	(6,6%)	(1,6%)	(3,3%)	
ENTORPECENTES	53 (93,0%)	9 (15,8%)	14 (24,6%)	14 (24,6%)	31 (54,4%)	23 (40,4%)	24 (42,1%)	-	57
HOMICÍDIO	29 (85,3%)	12 (35,2%)	14 (41,2%)	18 (52,9%)	8 (23,5%)	14 (41,2%)	7 (20,6%)	14 (41,2%)	34
FRAUDE	20 (66,7%)	11 (36,7%)	2 (6,7%)	10 (33,3%)	8 (26,7%)	5 (16,7%)	13 (43,3%)	5 (16,7%)	30
RECEPTAÇÃO	19 (90,5%)	9 (42,9%)	3 (14,3%)	9 (42,9%)	7 (33,3%)	1 (4,8%)	5 (23,8%)	1 (4,8%)	21

Fonte: TJDFT.

2.3 AGRAVANTES E ATENUANTES

A segunda etapa da dosimetria da pena se constitui na análise das circunstâncias agravantes genéricas, discriminadas nos artigos 61 e 62, e atenuantes genéricas, indicadas nos artigos 65 e 66, todos do Código Penal. Após a fixação da pena-base, com o exame das circunstâncias judiciais, o sentenciante deve observar se incide, no caso, alguma circunstância legalmente prevista e, a partir desse dado, decidir discricionária e fundamentadamente o valor do acréscimo ou do decréscimo no total da pena-base.

Tais circunstâncias possuem duas características fundamentais. São genéricas, tendo em vista a sua potencial aplicação a todos os fatos puníveis. São obrigatórias, vinculando a majoração ou a minoração da sanção penal, exceto quando já estejam especificamente aludidas no tipo penal como causa especial de aumento ou de diminuição da pena ou quando já conformem a configuração típica do crime em questão, a fim de que não haja *bis in idem* (CIRINO DOS SANTOS, 2007, p. 569).

As circunstâncias agravantes estão arroladas no artigo 61 e 62, e as atenuantes, no artigo 65, todos do Código Penal. Além dessas circunstâncias legais especificadas, é facultado ao julgador invocar o artigo 66 do Código Penal para diminuir a pena em virtude de algum elemento importante, mas não descrito expressamente na lei, que induza ao abrandamento da sanção penal. Eis os termos desse dispositivo (BRASIL, 2007, p. 286): “**Art. 66.** A pena

poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei”.

De fato, essa atenuação da pena de acordo com circunstância inominada que inspire uma menor apenação é a contrapartida para a circunstância judicial, verificada ainda na primeira fase da dosimetria da pena, tautologicamente denominada “circunstâncias do crime”. Todas as circunstâncias de tempo, lugar e execução do crime, que não estão descritas legalmente e impliquem um juízo valorativo de agravamento da pena, podem ser relevadas pelo magistrado, ainda na fixação da pena-base, como circunstâncias do crime⁴³.

De qualquer forma, é puramente técnica a questão de os elementos de tempo, lugar e execução do delito, quer abonadores, quer desabonadores, serem circunstância judicial, na categoria de “circunstâncias do crime”, ou circunstâncias agravantes ou atenuantes. São contemplados e devem ser considerados todos esses elementos para o cálculo da pena – independentemente da nomenclatura jurídica que lhes seja conferida –, algo que visa infundir a ideia de completude no campo do racional equacionamento do castigo a ser imposto.

2.3.1 A impertinência da reincidência

Em 22% dos procedimentos de dosimetria da pena, alguma circunstância agravante foi anotada. Reformulando a afirmação anterior: em 22% dos procedimentos de dosimetria da pena, a circunstância reincidência está presente. Sim, praticamente a totalidade das vezes em que é verificada alguma agravante, essa circunstância é a reincidência.

Tabela 21

Distribuição das circunstâncias agravantes⁴⁴

AGRAVANTE	FREQUÊNCIA	PORCENTAGEM
• Reincidência	107	97,37%
• Abuso de poder	1	0,9%
• Ofendido criança, enfermo, grávida ou idoso	1	0,9%

⁴³ As circunstâncias do crime são a sexta circunstância mais indicada pelos juízes no momento da fixação da pena-base (f. 91).

⁴⁴ Admite-se a anotação concomitante de circunstâncias distintas.

- Agente que organiza a atividade criminosa no concurso de agentes

1

0,9%

Fonte: TJDFT.

A reincidência agrava a pena do réu que já tenha sido condenado definitivamente em virtude do cometimento anterior de conduta tipificada como crime, nos termos das condições estipuladas no Código Penal. Em outras palavras, “a reincidência significa prática de novo crime depois do trânsito em julgado de sentença condenatória anterior” (CIRINO DOS SANTOS, 2007, p. 570). Os artigos 63 e 64 do Código Penal dão os contornos desse instituto (BRASIL, 2007, p. 286):

Reincidência

Art. 63. 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.

Art. 64. Para efeito de reincidência:

I – 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, computando o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação;

II – não se consideram os crimes militares próprios e políticos.

A reincidência é, no fim das contas, espécie do gênero antecedentes. Por esse motivo, as mesmas críticas que se voltam contra essa categoria jurídica também se direcionam àquela. Sob esse ângulo, o agravamento da pena em função da reincidência carrega consigo um papel-chave no âmbito do círculo vicioso da *self-fulfilling prophecy*. O indivíduo anteriormente selecionado e punido é reconduzido à roda do sistema penal e tornado alvo de um rigor cada vez maior na força do castigo.

Como se disse em relação ao exame dos antecedentes na fixação da pena-base, também a reincidência representa uma séria violação ao princípio *ne bis in idem*, segundo o qual ninguém será punido mais de uma vez pelo mesmo fato. Uma pena mais severa que se comine a um indivíduo, justificada pela perpetração de um crime anterior, não decorre do crime pelo qual se está sendo julgado, mas de outro delito já julgado. De fato, renova-se a pena aplicada pela prática de um crime que já foi objeto de decisão definitiva.

Aliado a esse *bis in idem* que já lhe é inerente, em um terço das ocasiões em que a reincidência está negativamente valorada, também a circunstância judicial antecedentes é

realçada pelo sentenciante. Tal fato revela uma disparatada dupla punição pelo mesmo motivo. Por vezes, utiliza-se, nesses casos, do artifício de deslocar um precedente criminal do réu que não se encaixe como reincidência para a categoria ampla de maus antecedentes. Ao mesmo tempo, valora-se outro precedente como reincidência, a fim de que fique autorizado o recrudescimento da pena tanto na primeira quanto na segunda fase da aplicação da pena, tudo em virtude da mesma circunstância.

Tabela 22

Percentagem de ocorrência de reincidência concomitante à anotação de maus antecedentes

ANTECEDENTES	REINCIDÊNCIA		TOTAL
	SIM	NÃO	
PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO	53 (35,3%)	97 (64,7%)	150 (100,0%)
TODAS AS CONDENAÇÕES	58 (32,8%)	119 (67,2%)	177 (100,0%)

Fonte: TJDFT.

Assentada nessas bases, está a admissão da reincidência no âmbito de um direito penal tipicamente autoritário, segundo o alerta de Zaffaroni (*apud* KARAM, 1994, p. 127-128):

Um instituto que leva a exaltar como valores a ordem e a obediência em si mesmas; que leva o Estado a se atribuir a função de julgar o que cada ser humano escolhe ser e o que cada ser humano é; que implica num *bis in idem*; que contribui para afastar o discurso jurídico da realidade, ignorando dados que se manifestam há séculos e que as ciências sociais demonstram de maneira incontestável; que, com tudo isto, contraria a letra e o espírito da consciência jurídica da comunidade internacional, moldada nos instrumentos jus humanistas; um instituto como este *deveria desaparecer do campo jurídico, da mesma forma que desapareceram, a seu tempo, a tortura no âmbito processual ou a analogia no campo penal.*

O credenciamento da reincidência como circunstância apta a agravar a pena resulta na assunção da ideia de uma “periculosidade presumida” sobre algo que, por consubstanciar um juízo fático, não poderia implicar uma presunção *juris et de jure* acerca do grau de periculosidade do sujeito, pois segue uma preceituação juridicamente fictícia. Ao final, dentro dessa construção teórica, está inserido o interesse estatal de classificar indivíduos em “disciplinados” e “indisciplinados” (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2006, p. 717/719).

Essa diferenciação reforça a impertinência da reincidência para agravar a pena. A distribuição do *status* de periculosidade, distinguindo indivíduos em “perigosos” e “não perigosos”, contradiz o princípio da igualdade tão defendido no discurso jurídico-penal, em frontal agressão à dignidade da pessoa humana (KARAM, 1994, p. 126).

A reincidência apresenta efeitos devastadores: constitui circunstância agravante da sanção penal; impõe um regime inicial de cumprimento da pena mais severo; exclui a possibilidade de suspensão condicional da pena em crimes dolosos; inviabiliza a suspensão da pena privativa de liberdade; prepondera no concurso de circunstâncias agravantes e atenuantes; amplia os prazos do livramento condicional e da prescrição da pretensão executória; interrompe o prazo da prescrição; ordena a revogação da reabilitação; afasta privilégios legais especiais, a exemplo dos artigos 155, § 2º, e 180, § 3º, do Código Penal; cancela o direito de apelar em liberdade; impossibilita a fiança em crimes dolosos; exclui a transação penal e a suspensão condicional do processo no rito dos Juizados Especiais Criminais (CIRINO DOS SANTOS, 2007, p. 572-573).

Especificamente no que toca ao regime de cumprimento da pena, nas hipóteses em que ordinariamente deveria ser prescrito o regime inicial aberto (artigo 32, § 2º, *c*, do Código Penal), a reincidência motivou a cominação de regime semiaberto⁴⁵ em 44%, e de regime fechado em 34%, dos casos em que a pena fixada foi inferior ou igual a quatro anos.

Tabela 23

Distribuição de condenações a pena igual ou inferior a quatro anos com a anotação de reincidência em relação ao regime de cumprimento de pena

		REGIME DE CUMPRIMENTO			TOTAL
		ABERTO	SEMIABERTO	FECHADO	
REINCIDÊNCIA E PENA INFERIOR OU IGUAL A 4 ANOS	SIM	14 (22,6%)	27 (43,5%)	21 (33,9%)	62 (100,0%)
	NÃO	1 (2,5%)	15 (37,5%)	24 (60,0%)	40 (100,0%)
TOTAL		15 (14,7%)	42 (41,2%)	45 (44,1%)	102 (100,0%)

Fonte: TJDFT.

⁴⁵ A reincidência, em quase um terço dos casos, foi a justificativa apontada para a imposição de regime semiaberto (Tabela 30, f. 125).

Da mesma forma, quando a pena superou quatro anos, mas teve valor menor ou igual a oito anos, hipótese em que o regime de cumprimento deveria ser o semiaberto (artigo 32, § 2º, *b*, do Código Penal), a reincidência provocou a imposição de regime inicial fechado⁴⁶ em 56% dos casos.

Tabela 24

Distribuição de condenações a pena superior a quatro anos e igual ou inferior a oito anos com a anotação de reincidência em relação ao regime de cumprimento de pena

		REGIME DE CUMPRIMENTO			TOTAL
		ABERTO	SEMIABERTO	FECHADO	
REINCIDÊNCIA E PENA SUPERIOR A 4 E IGUAL OU INFERIOR A 8 ANOS	SIM	1 (3,1%)	13 (40,6%)	18 (56,3%)	32 (100,0%)
	NÃO	14 (20,0%)	29 (41,4%)	27 (38,6%)	70 (100,0%)
TOTAL		15 (14,7%)	42 (41,2%)	45 (44,1%)	102 (100,0%)

Fonte: TJDFT.

Também a reincidência se presta a impedir a substituição da pena privativa de liberdade. Em 85,5% dos casos em que a pena é igual ou não supera quatro anos, o que possibilitaria, em tese, a referida substituição (artigo 44 do Código Penal), a reincidência foi o motivo indicado para o veto da concessão do benefício.

Tabela 25

Distribuição de condenações a pena igual ou inferior a quatro anos com a anotação de reincidência em relação à substituição da pena privativa de liberdade

		SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE		TOTAL
		SIM	NÃO	
REINCIDÊNCIA E PENA INFERIOR OU IGUAL A 4 ANOS	SIM	9 (14,5%)	53 (85,5%)	62 (100,0%)
	NÃO	1 (2,5%)	39 (97,5%)	40 (100,0%)

⁴⁶ Como causa para a determinação de regime fechado, a reincidência foi anotada em 30% dos casos (Tabela 30, f. 125).

TOTAL	10 (9,8%)	92 (90,2%)	102 (100,0%)
-------	--------------	---------------	-----------------

Fonte: TJDFDT.

A reincidência, em lugar de caracterizar uma fictícia “presunção de periculosidade” carente de conteúdo científico, expõe seu caráter concreto na afirmação da falência da prisão como instituição “educativa”. O novo crime se apresenta como resultado da ação deformadora promovida pela execução da pena anterior (CIRINO DOS SANTOS, 2007, p. 571).

Nesse rumo, a reincidência não deve ser considerada como circunstância agravante. Mais do que isso, deve configurar circunstância atenuante, em face da admissão do fracasso das funções retributiva e preventiva da pena anteriormente aplicada, que se mostrou contraproducente e que induz a uma menor reprovabilidade do apenado, a partir da redução de seu espaço social estimulada pela precedente punição estigmatizante (KARAM, 1994, p. 127).

Para tanto, a reincidência ficta, caracterizada pela formal identificação do cometimento de novo crime, deve abrir espaço para a noção de reincidência real, como resultado da ação criminógena da pena, com sua consequente inabilitação como circunstância agravante. Cirino dos Santos (2007, p. 572) sintetiza:

É necessário reconhecer: a) se novo crime é cometido após a passagem do agente pelo *sistema formal* de controle social, com *efetivo cumprimento* da pena criminal, o processo de deformação e embrutecimento pessoal do sistema penitenciário *deveria* induzir o legislador a incluir a *reincidência real* entre as *circunstâncias atenuantes*, como produto específico da atuação *deficiente e predatória* do Estado sobre sujeitos criminalizados; b) se novo crime é cometido após simples formalidade do trânsito em julgado de condenação anterior, a *reincidência ficta* não indica qualquer *presunção de periculosidade* capaz de fundamentar *circunstância agravante*. Em conclusão, nenhuma das hipóteses de *reincidência real* ou de *reincidência ficta* indica situação de *rebeldia* contra a ordem social garantida pelo Direito Penal: a *reincidência real* deveria ser *circunstância atenuante* e a *reincidência ficta* é, de fato, um *indiferente* penal.

Por meio da reincidência, visa-se tornar o delinquente – e não o autor de um fato definido por lei como crime – objeto da perseguição punitiva. Do mesmo modo, em lugar do crime, é a criminalidade o foco da intervenção penal, com a fundamental oposição entre primário e reincidente (FOUCAULT, 2006, p. 84). Essa categoria jurídica, enquanto não guarda nenhuma relação com o delito em julgamento, demarca a opção positivista de desviar

o foco da intervenção punitiva do fato para o indivíduo “perigoso”, “rebelde”, “indisciplinado”, “anormal”, “diferente”.

2.3.2 A inoperante contrapartida da confissão espontânea

Quando está em questão a reincidência, como circunstância agravante, os efeitos para o condenado são drásticos, pois, além do imediato recrudescimento da pena, há uma expansão de sua influência prejudicial em diversos aspectos da aplicação da lei penal. Mas, acaso se cuide de uma circunstância atenuante, não se pode esperar nenhum paralelismo benéfico com as amplas consequências do reconhecimento da agravante. A operatividade da atenuante é quase imperceptível, seguindo uma tradição de se levar em conta apenas os aspectos negativos para a punição do indivíduo, negligenciando, em contrapartida, os aspectos positivos.

É esse o caso da confissão espontânea, que está presente em 82% dos casos em que alguma atenuante foi marcada.

Tabela 26

Distribuição das circunstâncias atenuantes⁴⁷

ATENUANTE	FREQUÊNCIA	PORCENTAGEM
• Confissão espontânea	231	82,0%
• Menoridade relativa	106	37,6%
• Atenuante inominada	8	2,8%
• Reparação do dano antes do julgamento	2	0,7%

Fonte: TJDFT.

A confissão realizada perante uma autoridade atuante na persecução penal é circunstância que abranda a pena como uma benesse para aquele que admite a autoria ou a participação no crime que lhe é imputado, admitindo a responsabilidade, aceitando as consequências jurídicas e, mesmo, arrependendo-se. É necessário, para o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea, que haja autonomia na decisão do autor em assumir a prática do delito. Esse ato deve ser feito, a salvo de pressão, perante autoridade integrante da

⁴⁷ Admite-se a anotação concomitante de circunstâncias distintas.

corporação policial, do Judiciário ou do Ministério Público (CIRINO DOS SANTOS, 2007, p. 587-588).

Em 46% do total de incidências, a confissão foi identificada pelo sentenciante. Não há como se aferir o grau de “espontaneidade” para tais confissões. De qualquer forma, enquanto a “rainha das provas” ajuda sobremaneira a atividade persecutória do Estado, que não é obrigado a ir além de mencionar algum indício que corrobore a confissão prestada para formular a condenação, o decréscimo da pena correspondente a esse ato do condenado é irrisório. Ainda que disponha de margem discricionária para reduzir a severidade do castigo, o juiz indiscriminadamente subtrai uma quantidade ínfima do tempo total da pena a ser cumprida. A situação piora quando se invoca uma súmula do Superior Tribunal de Justiça que prega que, acaso a pena-base tenha sido fixada no mínimo legal, não pode o juiz reduzi-la aquém desse valor, mesmo que concorram atenuantes em favor do réu.

Por que a contrapartida da confissão é quase nula? Na prática, é extremamente conveniente para a conclusão da atividade punitiva a recepção de uma confissão do criminoso, ainda que tenha sido prestada perante uma autoridade policial, com vulnerabilidade dos princípios do contraditório e da ampla defesa. Contudo, a partir do instante em que o julgador aponta determinadas declarações do réu como confissão, o que drasticamente diminui a necessidade de se produzir outras provas diante da ofuscante “verdade viva”, o comando legal da atenuação da pena impõe ao juiz que a considere na dosimetria da pena. A discricionariedade judicial surge então como meio de se contornar o “inconveniente” legal.

A forma com que se cuida da confissão atualmente reflete uma praxe do sistema punitivo que se agarra a dogmas e tradições jurídicas de séculos atrás, quando os suplícios eram a regra oficial, ainda ressonando a lógica de um pensamento segundo o qual “é preferível que nenhum culpado resulte impune, ao custo da incerteza de que também algum inocente possa ser castigado” (CRUZ, 2008, p. 31). No fim, o acusado se vê refém de declarações prestadas num nível de espontaneidade que apenas as sombras da delegacia podem relatar.

Em lados opostos, a reincidência, como agravante, desponta como circunstância que, uma vez detectada, bem além de simplesmente agravar a pena, produz um amplo

desdobramento de efeitos maléficos ao condenado. A confissão “espontânea”, por sua vez, serve mais para confirmar a condenação do réu que para lhe atenuar a pena. Não se trataria então de duas circunstâncias informalmente *agravantes*? Os lados em que se situam essas circunstâncias legais não são tão opostos assim.

2.3.3 Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça (ou como violar um preceito constitucional por meio de um enunciado jurisprudencial) e a extinção do limite mínimo de fixação da pena

Já foi dito que, na primeira fase da dosimetria da pena, o juiz estipula o valor da pena-base dentro da margem legal prevista para o tipo penal a partir da análise das circunstâncias judiciais. Fixado esse número, passa-se à fase seguinte, em que se examina a presença de circunstâncias agravantes e/ou atenuantes que impliquem uma variação do valor da pena-base. A aplicação desses elementos ao cálculo é obrigatória, mas a carga conferida a cada um deles fica a critério do julgador.

Nesse momento, uma questão inquietante: acaso seja a pena-base fixada no mínimo legal, é possível reduzir a sanção penal para um valor aquém do previsto na margem de variação dessa pena-base em virtude da presença de circunstância atenuante? A resposta peremptória do Superior Tribunal de Justiça (STJ) é não. A consolidação desse entendimento se deu com a edição da Súmula 231, em outubro de 1999, com o seguinte teor: “A incidência de circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”.

O principal fundamento, que culminou com a elaboração da súmula, é a alegação de que a fixação da pena abaixo do valor mínimo especificado no tipo penal da condenação implica uma violação ao princípio da legalidade, provocando um grau de indeterminação que resultaria em insegurança porque a determinação da pena não teria limitação (BRASIL, 2009). Explica-se mais: “diante de agravantes, o juiz, *ad absurdum*, poderia elevar abusivamente a pena além do *quantum* máximo abstrato” (JESUS, 1998, p. 04).

A jurisprudência amplamente dominante se assentou sobre essas bases e o entendimento sumulado do STJ alcançou um *status* quase-normativo, como se encerrasse a

discussão sobre o tema e qualificasse como satisfatória sua mera alusão na fundamentação da aplicação da pena. Por esse caminho, em quantitativo próximo da totalidade dos casos em que a pena-base é fixada no mínimo (95,8%), a presença da atenuante não tem nenhuma relevância para o cálculo da pena aplicada.

Diz-se que o princípio da reserva legal, princípio-coringa que socorre qualquer argumentação jurídica legalista, impõe ao juiz a restrição de aplicar a pena somente nos limites fixados na lei penal. Contudo, a real agressão atinge um princípio bem mais específico do âmbito da determinação da sanção penal: nada mais, nada menos que o princípio da individualização da pena.

Com o entendimento de que a pena-base não pode ser fixada aquém do mínimo legal, o discurso jurídico-penal predominante despreza o preceito constitucional (desenvolvido por ele mesmo) de que a punição deve ser adequada às condições fáticas e pessoais do condenado. E ainda: faz isso como medida de proteção ao princípio da legalidade, quando, na realidade, formula uma restrição do direito à liberdade que não existe na lei, mas que se autoproclama em defesa da lei⁴⁸.

A posição prevalente se reporta ao artigo 53⁴⁹, que não proíbe expressamente, condição inexorável para que se restrinja o direito de liberdade, a fixação da pena-base abaixo do mínimo. Enquanto isso, o artigo 65 autoriza expressamente o abrandamento da pena à conta da presença de uma circunstância atenuante (tudo no âmbito da interpretação gramatical tão cara à perspectiva legalista), pois, segundo a redação dessa norma (BRASIL, 2007, p. 286), as condições nela previstas “são circunstâncias que **sempre** atenuam a pena” (grifou-se).

⁴⁸ Sobre a ilegalidade do discurso jurídico-penal, Zaffaroni (2001, p. 21) elucida: “[...] é importante lembrar que, embora não existam construções acabadas de discursos que pretendem suprir a legitimidade do sistema penal com a legalidade do mesmo, deve-se reconhecer que, freqüentemente, realiza-se um emprego parcial e incoerente deste tipo de tentativa em nossa região marginal latino-americana, contexto no qual esta espécie de discurso mostra-se particularmente alienante.

[...] a operacionalidade real do sistema penal seria ‘legal’ se os órgãos que para ele convergem exercessem seu poder de acordo com a programação legislativa tal como expressa o discurso jurídico-legal. [...] No entanto, não é necessário aprofundar as superficiais considerações formuladas no parágrafo anterior porque nem sequer a este nível prévio o exercício de poder do sistema é ‘legal’”.

⁴⁹ “**Art. 53.** As penas privativas de liberdade têm seus limites estabelecidos na sanção correspondente a cada tipo legal de crime” (BRASIL, 2007, p. 284).

De fato, a par da inexistência de vedação legal à diminuição da pena abaixo do mínimo, o princípio da legalidade protege o indivíduo contra o poder punitivo estatal e não o contrário. Há ainda a lesão ao princípio da igualdade, visto que as situações jurídicas de réus nas mesmas condições se equiparam, mesmo que a um favoreça alguma atenuante e a outro não (CIRINO DOS SANTOS, 2007, p. 591).

No fim das contas, o discurso penal se atém a uma artificialidade legal, propugnando a estrita observância ao método trifásico em detrimento de uma garantia constitucional. A regra de cálculo dita que a análise deve ser feita nesta sequência: circunstâncias judiciais, circunstâncias legais e causas especiais de alteração da pena. Uma causa especial de diminuição, na terceira fase, impõe a redução da pena em fração que, por vezes, resulta em valor abaixo do mínimo legal da pena-base. Todavia, apesar de a distinção entre causa de diminuição e circunstância atenuante ser uma ficção jurídica, a primeira pode reduzir a pena aquém do mínimo, mas a segunda não, como se houvesse uma causa natural que a impedisse de produzir esse efeito.

Essa posição tradicional repercute uma orientação engessada que, de tanto se reiterar, negligencia sua perspectiva autocrítica. Se mesmo diante de um comando legal, o discurso jurídico-penal ainda insiste em não reduzir a pena abaixo do mínimo legal, uma discussão acerca de uma necessária e possível extinção de patamares mínimos de fixação da pena parece hoje impensável na vertente penalista dominante do direito brasileiro.

De Franz von Liszt, no início do século passado, até a atualidade, a culpabilidade anuncia o limite máximo da pena. Sob nenhuma justificativa, esse limite pode ser ultrapassado, tendo em conta a pressuposição de que o Estado estipule prazos temporais máximos para impor uma sanção penal necessária à prevenção e à reprovação do crime, de acordo com a função da pena hoje adotada (AUED; JULIANO, 2001, p. 146).

De igual forma, a culpabilidade também induz a medida mínima da punição. No entanto, a inflexibilidade do valor menor legalmente previsto impede que haja uma adaptação e uma proporção exata da pena ao condenado, contrariando o próprio sentido do princípio da individualização da pena. De um lado, a limitação máxima da punição representa uma restrição ao poder punitivo estatal, de outro, não se provoca nenhum prejuízo à sociedade, tampouco ao réu, com a eliminação das escalas mínimas de apenação. Somente se extrai da

culpabilidade pelo ato uma limitação máxima de imposição da pena, mas não uma limitação mínima. As circunstâncias de cada fato concreto indicam a dimensão da culpabilidade, que, portanto, não se adstringe a uma escala mínima desassociada do critério de proporcionalidade informado pelo princípio da individualização da pena (AUED; JULIANO, 2001, p. 149).

Essa é a proposta de uma indeterminação relativa da pena, que se baseia na premissa de que os direitos fundamentais são direitos dos cidadãos e não prerrogativas do Estado. Por esse motivo, não há agressão ao princípio da legalidade, que sempre determina os valores máximos, como restrição ao poder punitivo estatal, enquanto a culpabilidade aponta os patamares mínimos, caracterizados como meras pautas indicativas. Além disso, o princípio da legalidade se preserva também porque, sob essa ótica, não se concede ao juiz a possibilidade de criar delitos ou penas, mas tão-somente de ajustar a punição segundo o grau de culpabilidade do condenado (SLOKAR, 1998, p. 236-237).

Assim, não há impedimento, de acordo com Alejandro Slokar (2001, p. 237), para que o marco legal mínimo de fixação da pena se flexibilize, uma vez entendido como indicativo que deve se harmonizar com o grau de culpabilidade. Admite-se, portanto, a modificação da escala mínima ou mesmo da espécie da pena, permitindo-se por fim a extinção da faculdade punitiva do Estado⁵⁰.

Em defesa da culpabilidade como limitadora da pena, Cirino dos Santos (2002, p. 54) argumenta:

Entretanto, o reconhecimento de que a culpabilidade não pode servir de *fundamento* da pena – porque a liberdade de vontade é um mito indemonstrável – originou a teoria da culpabilidade como *limitação* da pena, o que não constituiria simples troca terminológica, mas mudança de *senal* com conseqüências político-criminais relevantes: a culpabilidade como *fundamento* da pena legitima o poder de punir e, portanto, assume o ponto de vista do Estado contra o indivíduo; a culpabilidade como *limitação* da pena garante a liberdade individual, protegendo o indivíduo contra o poder do Estado, porque sem culpabilidade não pode existir pena, nem excesso de punição com finalidades exclusivamente preventivas.

Contra essa orientação, há a alegação de que prevalece o fantasma da “pena zero”, com a troca da certeza jurídica pelo arbítrio judicial (JESUS, 1998, p. 04). Esquece-se de que,

⁵⁰ Jorge de Figueiredo Dias (2006, p. 224) expõe, no entanto, que a dificuldade para que a culpabilidade seja o elemento determinante para a fixação da pena está no fato que, mais do que a reprovação, a prevenção do crime constitui a primeira função da pena, o que prejudica a ideia de tomar a culpabilidade como seu limitador principal.

há tempo, o direito penal não se preocupa, ou não deveria se preocupar, com ninharias. O fantasma da “pena zero” assusta menos que construções jurisprudenciais que, à conta de preservar a legalidade, criam ilegalidade e devastam garantias constitucionais, automatizando-se de tal forma que se divulgam quase como verdades apriorísticas. Como alerta Zaffaroni (2001, p. 214), “*os discursos jurídico-penais mais perigosos (por serem genocidas) não são os que expõem e expressam uma antropologia aberratória, e sim os que a ocultam sob disfarces humanistas*”.

Por um imperativo constitucional, a pena não deve encontrar limitação legal mínima. Os princípios da individualização da pena, da proporcionalidade, da ampla defesa e da legalidade evidenciam que, segundo uma formação jurídica constitucionalmente estruturada, a punição deve ser ajustada à culpabilidade do condenado, mesmo que, para isso, seja necessário ultrapassar marcos dispostos em lei.

2.4 O QUE SE PUNE?

O sistema penal é seletivo e prioriza a punição de determinadas condutas, eleitas como as grandes mazelas da sociedade e em relação às quais se concentra toda a carga punitiva do Estado. Essa constatação se reforça pela leitura crítica das estatísticas criminais, com a demonstração de que o impulso repressor se volta principalmente contra comportamentos que atentem diretamente contra bens jurídicos com atestada primazia sob a perspectiva das classes dominantes detentoras do saber-poder gerenciador dos processos de criminalização.

No fim, é impossível saber quais condutas criminalizadas são mais praticadas no cotidiano social. O que se sabe é que, dentre todas as atividades delitivas cometidas, de muito poucas resulta uma persecução criminal. E, para que se verifique uma condenação, o foco da ação punitiva estatal está aperfeiçoada no sentido de apreender atos ordinariamente perpetrados por aqueles que compõem a massa pobre da população.

O primeiro motivo para essa especialização do aparelho penal é o fato de que os pobres são “acionistas do nada”, nas palavras de Nils Christie (1998, p. 56). Enquanto os que

muito possuem têm muito poder, os que nada têm não têm nada a perder, não têm propriedades e, por isso, não têm honra: eis um princípio básico do controle social.

A gestão punitiva da miséria mantém íntima relação com o papel desempenhado pelo controle social exercido pelo sistema penal. Por essa visão, as classes sociais despossuídas conformam o objetivo principal das instituições penais. Tal fato é visto da conclusão histórica de que de que os sistemas punitivos desenvolvem, ao longo dos séculos, diversificadas estratégias repressivas como forma de evitar as ameaças à “ordem” oriundas dos setores subalternos da sociedade, contra os quais também são impostas condições ainda mais restritas de sobrevivência (DE GIORGI, 2006, p. 39).

A violência cotidiana do sistema penal que recai sobre os setores empobrecidos da população, acentuada na trivialidade das matanças policiais de todos os dias, dá o tom do caráter genocida do sistema penal. É um processo que se inicia na estigmatização, passa pela seleção e culmina na eliminação física e se insere na percepção de que “*o genocídio colonialista e neocolonialista, em nossa região marginal, não acabou: nossos sistemas penais continuam praticando-o e, se não forem detidos a tempo, serão eles os encarregados do genocídio tecnocolonialista*” (ZAFFARONI, 2001, p. 125).

Apesar de globalizado, esse fenômeno encontra lugar propício para se desenvolver com mais vigor em países com agudas desigualdades de toda ordem. Por isso que, dissertando sobre o contexto punitivo brasileiro, Loïc Wacquant (2001, p. 09) analisa que a violência inerente à atuação punitiva do Estado se insere numa “tradição nacional multissecular de controle dos miseráveis pela força”. Indo além, enquanto o retorno à democracia constitucional não passa da formalidade, evidencia-se o descrédito dos direitos humanos, identificados como tolerância à bandidagem. A raiz autoritária brasileira continua firme e o Estado penal amplificado e intensificado responde às desordens derivadas da desregulamentação da economia com a “dessocialização do trabalho assalariado” e com a “pauperização relativa e absoluta de amplos contingentes do proletariado urbano”, no seio de uma “ditadura sobre os pobres” (WACQUANT, 2001, p. 10).

Não há como evitar essa conclusão quando se percebe que, dentre as incontáveis condutas criminalizadas presentes na legislação brasileira, apenas dois tipos penais, roubo e

furto, constituem 41% do total de condenações⁵¹. A conta se torna ainda mais assustadora com a inclusão do crime de porte ilegal de arma de fogo na soma: o aparato repressor estatal está focado em punir, em mais da metade das vezes em que atua (53%), somente três comportamentos delitivos.

Tabela 27

Distribuição do número de incidências por categoria penal⁵²

CATEGORIA PENAL	FREQUÊNCIA	PORCENTAGEM
ROUBO	113	22,6%
FURTO	94	18,8%
ARMAS	61	12,2%
ENTORPECENTES	57	11,4%
HOMICÍDIO	34	6,8%
FRAUDE	30	6,0%
RECEPTAÇÃO	21	4,2%
FALSIDADE DOCUMENTAL	17	3,4%
CORRUPÇÃO DE MENORES	14	2,8%
CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	14	2,8%
CRIMES DE TRÂNSITO	13	2,6%
VIOLÊNCIA SEXUAL ⁵³	11	2,2%
OUTROS CRIMES	22	4,48%
TOTAL	501	100,0%

Fonte: TJDFT.

A seletividade que pauta o processo de criminalização primária se acentua com a criminalização secundária. De início, a criação de normas penais traça a seleção simultânea de tipos legais e de indivíduos estigmatizáveis. A tipificação das condutas típicas de grupos sociais subalternos, que se encontram à margem do mercado de trabalho, é especializada de tal forma que o mecanismo de seleção não se limita à proibição do comportamento, contemplando variações de natureza e de intensidade da pena. Assim, enquanto os comportamentos próprios de setores sociais hierarquicamente inferiores apresentam rigor máximo, as condutas características das elites de poder econômico e hierárquico são guarnecidas de diversificados instrumentos legais de imunização processual de seus agentes (CIRINO DOS SANTOS, 2008, p. 45).

⁵¹ Estão excluídas desta pesquisa apenas as condenações proferidas nos Juizados Especiais Criminais.

⁵² A referência detalhada das incidências consta do Apêndice A desta pesquisa.

⁵³ Os crimes de violência sexual estão aqui sub-representados devido ao segredo de justiça que lhes é atribuído.

O processo de criminalização primária, a partir da análise de seus conteúdos e de seus “não-conteúdos”, reflete o universo moral próprio da cultura dos grupos dominantes, priorizando a proteção do patrimônio privado, o que fatalmente atinge os grupos sociais débeis. A representatividade dos índices de delitos comuns contra o patrimônio e o vigor da punição a esses crimes derivam da meticulosa formulação técnico-legal desses tipos penais, com uma estruturação que praticamente inviabiliza o cometimento de um roubo simples ou de um furto simples (BARATTA, 2002, p. 176).

Com esse posicionamento, Ela Wiecko de Castilho (1998, p. 49) resume:

[...] a seleção se revela na formulação técnica dos tipos penais e na previsão das agravantes e das atenuantes (é difícil, por exemplo, a realização de furto não-qualificado). Assim, figurativamente, as malhas do tipo penal são, em geral, mais estreitas para as infrações típicas das classes sociais mais baixas do que para aquelas que constituem os crimes de colarinho branco.

A hipótese se confirma com a observação de que dois terços dos crimes de furto são punidos na sua forma qualificada, enquanto 89% das condenações por roubo ostentam causa especial de aumento de pena.

Tabela 28

Distribuição de incidências dos crimes de roubo e de furto nas modalidades simples e qualificada

CATEGORIA PENAL	MODALIDADE		TOTAL
	SIMPLES	QUALIFICADA	
ROUBO	12 (10,8%)	99 (89,2%)	111 (100,0%)
FURTO	31 (33,3%)	62 (66,7%)	93 (100,0%)
TOTAL	43 (21,0%)	161 (79,0%)	204 (100,0%)

Fonte: TJDFT.

Quando se cuida de delitos típicos das classes marginalizadas da sociedade, a pré-seleção exercida na criminalização primária se fortalece na aplicação da pena. Nesses casos, as qualificadoras legais acabam sendo inevitáveis. Prevalece assim o aviso de Zaffaroni (2001, p. 29): “o principal e mais importante exercício de poder do sistema penal se realiza dentro de um modelo de arbitrariedade concedida pela própria lei”.

2.5 A FORMA DA PUNIÇÃO: REGIME DE CUMPRIMENTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

No direito brasileiro, a sanção penal assume três formas, segundo o artigo 32 do Código Penal: penas privativas de liberdade, penas restritivas de direito e multa. De um modo geral, a definição do tempo da pena dita o modo mediante o qual o condenado deve cumprir a punição imposta (à exceção da pena de multa, que possui modulação específica, de acordo com os artigos 49 e 58 do Código Penal).

2.5.1 Fechando o cerco: o regime de cumprimento da pena

As penas privativas de liberdade podem ser cumpridas inicialmente nos regimes aberto, semiaberto e fechado. Nos termos do artigo 33 do Código Penal, ordinariamente as penas de até quatro anos são cumpridas em regime aberto; as que superem quatro anos e não atinjam oito anos são cumpridas em regime semiaberto; por fim, as que ultrapassem oito anos são cumpridas em regime fechado.

Numa perspectiva ampla, excluídas as variantes de tempo, de reincidência e de circunstâncias judiciais, o regime aberto é infligido em 42% dos casos, o regime semiaberto, em 31% e o regime fechado, em 27%.

Tabela 29

Distribuição dos regimes de cumprimento de pena

REGIME DE CUMPRIMENTO	FREQUÊNCIA	PORCENTAGEM
ABERTO	183	41,6%
SEMIABERTO	136	30,9%
FECHADO	121	27,5%
TOTAL	440	100,0%

Fonte: TJDFT.

Ao se incluir as variantes acima enumeradas, pode-se observar que o tempo da pena se presta como indicativo, enquanto a reincidência e as circunstâncias judiciais são condições

definitivas para a determinação do regime de cumprimento da pena, porquanto são apontadas em mais da metade das vezes em que houve recrudescimento do regime.

Tabela 30

Distribuição dos motivos para a estipulação do regime de cumprimento⁵⁴

REGIME	MOTIVO				TOTAL
	PENA SUPERIOR A 4 ANOS	PENA SUPERIOR A 8 ANOS	REINCIDÊNCIA	CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS	
SEMIABERTO	71 (50,4%)	-	45 (31,9%)	25 (17,7%)	141 (100,0%)
FECHADO	6 (6,1%)	33 (33,7%)	29 (29,6%)	30 (30,6%)	98 (100,0%)

Fonte: TJDFT.

Tomando-se apenas as condenações com pena inferior ou igual a quatro anos, quando regularmente o regime de cumprimento deve ser o aberto, em aproximadamente um terço desses casos, o regime imposto é mais severo.

Tabela 31

Distribuição dos regimes de cumprimento para penas inferiores ou iguais a quatro anos

		REGIME DE CUMPRIMENTO			TOTAL
		ABERTO	SEMIABERTO	FECHADO	
PENA MENOR OU IGUAL A 4 ANOS	SIM	168 (67,7%)	59 (23,8%)	21 (8,5%)	248 (100,0%)
	NÃO	15 (7,8%)	77 (40,1%)	100 (52,1%)	192 (100,0%)
TOTAL		183 (41,6%)	136 (30,9%)	121 (27,5%)	440 (100,0%)

Fonte: TJDFT.

Nessas ocasiões, em que a pena fixada não supera quatro anos e o regime de cumprimento da pena não é o aberto, a reincidência, em 63%, é o motivo indicado para o endurecimento do regime, enquanto as circunstâncias judiciais desfavoráveis são referenciadas em 35% dessas hipóteses.

⁵⁴ Para a determinação do regime aberto, invariavelmente, a pena é inferior a quatro anos, o condenado não é reincidente e as circunstâncias judiciais não são, de forma decisiva, negativamente valoradas pelo juiz.

Para as penas que vão de quatro a oito anos⁵⁵, a despeito de ser ordinariamente o regime de cumprimento da pena a ser imposto, o regime semiaberto é cominado em menos da metade das condenações nessa faixa de tempo de pena.

Tabela 32

Distribuição dos regimes de cumprimento para penas superiores a quatro anos e iguais ou inferiores a oito anos

		REGIME DE CUMPRIMENTO			TOTAL
		ABERTO	SEMIABERTO	FECHADO	
PENA	SIM	8	49	60	117
ENTRE 4 E 8		(6,8%)	(41,9%)	(51,3%)	(100,0%)
ANOS	NÃO	175	87	61	323
		(54,2%)	(26,9%)	(18,9%)	(100,0%)
TOTAL		183	136	121	440
		(41,6%)	(30,9%)	(27,5%)	(100,0%)

Fonte: TJDFT.

Aplicado o regime fechado nesses casos, novamente a reincidência desponta como principal justificativa para o agravamento do regime, em 37%, ao passo que as circunstâncias judiciais adversas representam 33% das motivações para o afastamento do regime inicial semiaberto de cumprimento da pena.

Mais uma vez a reincidência manifesta seus gravosos efeitos para a condenação do réu, cominando-lhe um regime de cumprimento da pena mais restritivo de sua liberdade como resposta preventivo-especial à demanda periculosista da vertente autoritária do sistema penal brasileiro. Rumo à eliminação dos anormais, as etapas de estigmatização e de seleção são cumpridas, delimitando as fronteiras da normalidade a partir de critérios legais, a exemplo da reincidência.

Dependendo da conveniência punitiva, o tecnicismo legal abre espaço para a ampla discricionariedade do agente estatal. Este, detentor do poder de castigar, reporta-se às circunstâncias judiciais, quase sempre desabonadoras e associadas a elementos do autor, para reforçar a exclusão social ínsita à pena e utilizar a medida dessa exclusão como moeda de recompensa ao nível de delinquência do condenado, numa gradação que termina no regime fechado. Essa conclusão se expressa no ensinamento de Baratta (2002, p. 178):

⁵⁵ Nessa margem temporal, situa-se a maior parte das condenações pelo crime de roubo.

[...] 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.

Em referência a delitos contra o patrimônio tem sido mostrado o predomínio destas duas tendências opostas, conforme a extração social do acusado. [...] Considerando, enfim, o uso de sanções pecuniárias e sanções detentivas, nos casos em que são previstas, 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, e porque entra na *imagem normal* do que freqüentemente acontece a indivíduos pertencentes a tais grupos sociais [...].

2.5.2 Alternativas à prisão: a substituição da pena privativa de liberdade

As penas restritivas de direito constituem outra possibilidade para a punição moderna, ainda centrada na limitação da liberdade do indivíduo para o declarado fim de promover uma inclusão social, o que se faz mediante a exclusão do sujeito desvirtuado.

Segundo o artigo 44 do Código Penal, as penas privativas de liberdade, regra geral da punição, podem ser substituídas por penas restritivas de direito quando o tempo da pena não superar o limite de quatro anos, o crime não tiver sido cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, o réu não for reincidente e as circunstâncias judiciais, especialmente as que se vinculam ao ser do delinquente, não demonstrarem a ineficiência da substituição. Os requisitos para a imposição de pena restritiva de direito em lugar da pena privativa de liberdade são extensos, tornando a substituição um privilégio em face da necessidade de comunhão de todos os fatores citados.

A pena privativa de liberdade foi substituída por pena restritiva de direito em 34% do total de condenações. Nos casos em que não houve substituição, o tempo da pena prevalece como a justificativa mais apontada, em 54%.

Tabela 33

Distribuição de motivos para a não substituição da pena privativa de liberdade

MOTIVO DA NÃO SUBSTITUIÇÃO	FREQUÊNCIA	PORCENTAGEM
PENA SUPERIOR A 4 ANOS	155	54,2%

VIOLÊNCIA OU GRAVE AMEAÇA	62	21,7%
REINCIDÊNCIA	49	17,1%
CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS	20	7,0%

Fonte: TJDFT.

Contudo, com o foco especificamente nas condenações com pena inferior a quatro anos, em 40%, a pena privativa de liberdade não foi substituída. Os motivos para essa não substituição recaem majoritariamente na reincidência, em 53%, representando as circunstâncias judiciais desfavoráveis o patamar de 41%.

Tabela 34

Distribuição de motivos para a não substituição da pena privativa de liberdade em condenações com tempo de pena igual ou inferior a quatro anos

MOTIVO DA NÃO SUBSTITUIÇÃO	FREQUÊNCIA	PORCENTAGEM
REINCIDÊNCIA	53	53,0%
CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS	41	41,0%
VIOLÊNCIA OU GRAVE AMEAÇA	4	4,0%

Fonte: TJDFT.

Em tese, nas condenações com tempo da pena inferior ou igual a quatro anos, a imposição de pena restritiva de direito deveria ser a regra. No entanto, a reincidência estende mais uma vez suas consequências devastadoras, empurrando o condenado a cumprir uma pena que fulmine sua liberdade de locomoção. Do mesmo modo verificado para a determinação do regime fechado, ainda que o réu não seja reincidente, resta a opção de lhe negar a cominação de pena restritiva de direito a partir da dessecação da natureza criminosa do delinquente. Isso evidenciaria sua incorreção e, por conseguinte, a inevitabilidade da limitação de sua liberdade.

Apesar de, há tempos, a crença no papel da prisão como instituição ressocializadora estar em xeque, o encarceramento continua sendo a principal solução⁵⁶ para os propalados males da criminalidade, mesmo quando se trata das restritas hipóteses em que a lei admite uma alternativa ao aprisionamento.

⁵⁶ Foucault (2006, p. 196) informa o papel da prisão na sociedade moderna: “[...] ela é o castigo ‘igualitário’. Clareza de certo modo jurídica da prisão. Além disso ela permite quantificar exatamente a pena segundo a variável do tempo. Há uma forma-salário da prisão que constitui, nas sociedades industriais, sua ‘obviedade’ econômica. E permite que ela pareça como uma reparação. Retirando tempo do condenado, a prisão parece traduzir concretamente a idéia de que a infração lesou, mais além da vítima, a sociedade inteira”.

Sobre essa opção, Zaffaroni (2007, p. 70) esclarece o direcionamento da máquina repressora do Estado:

[...] os *indesejáveis* continuam sendo eliminados por meio de medidas administrativas, penas desproporcionais (para reincidentes) e internação em cárceres marcados por altíssimos índices de violência, de mortalidade hétero e auto-agressiva e de morbidade, ou seja, alta probabilidade de eliminação física, paralelamente às execuções policiais e para-policiais sem processo.

2.6 QUE INDIVIDUALIZAÇÃO?

Como reflexo de uma racionalidade jurídica instrumentalizada pela técnica legal e pela perspectiva hermética da ciência do direito, a violência das práticas penais se dissimula por meio de uma segurança jurídica que seria naturalmente decorrente da positivação da lei, à qual todos estariam igualmente submetidos.

Conquanto não seja atual, o viés iluminista do direito penal ainda persiste no cotidiano forense, onde a velha tecnologia da doutrina positivista persevera de forma acrítica ou, mais especificamente, de forma não autocrítica. Encarar a falência de institutos sacrossantos do direito parece não ser tarefa fácil, principalmente quando a conveniência de seus ultrapassados postulados se presta a limpar as marcas da violência irracional característica da atividade de castigar. Ora, conforme recorda Foucault (2006, p. 87), “tomando a forma de uma consequência natural, a punição não aparece como o efeito arbitrário de um poder humano”.

É assim que se faz a individualização judicial da pena. Na realidade, falta exatamente o individualizar nos procedimentos de aplicação da sanção penal. O discurso técnico das sentenças, longe de tratar de um ser humano, ajusta a mecânica retórica e quantifica a punição em complexas operações matemáticas destinadas a iluminar a verdade da medida do castigo devido ao indivíduo. Esse sujeito é apresentado a um discurso pronto, cujo teor já cuida de seu caráter delinquente, da sua natureza anormal, de sua tendência ao crime. Se os indivíduos são sempre os mesmos, “farinha do mesmo saco”, o individualizar perde o sentido.

As sentenças condenatórias se travestem de prontuários, em que o condenado se faz presente apenas por um nome deslocado para um texto engessado. E mais um recurso tecnológico se soma a essa aritmética da punição: o copiar-e-colar. A individualização judicial da pena se torna um jogo de encaixe, com extensos trechos que vão se repetindo nas sentenças, independentemente de a quem se refiram. De individualizados, há apenas o nome do punido e o número do processo.

A mecanicidade das sentenças pode ser também creditada a um atrofamento do ensino jurídico, com a redução da bibliografia e uma adestrada capacidade de vincular fenômenos. Há uma degradação tecnocrática do direito, vista da preponderância de uma preparação de profissionais limitada ao nível exegético. Como fruto desse treinamento regressivo, impera a burocratização, com a consequente produção de respostas estereotipadas, conformidade com os modelos “de sempre”, “ineficácia treinada” por meio da elevação dos meios a categorias de fins e predominância de um discurso judicial moralizante, paternalista e pretensamente asséptico em termos de manifestação ideológica (ZAFFARONI, 2001, p. 133/141-142).

O ápice da automação das decisões está na simples referência à dicção legal, em expressões que, como ressalta Zaffaroni (2001, p. 17), mais indicam o fracasso da tentativa de uma construção racional do ato punitivo e a própria ruína do empenho de legitimação do exercício de poder do sistema penal. Nesse passo, “o discurso jurídico-penal socialmente falso também é *perverso: torce-se e retorce-se, tornando alucinado um exercício de poder que oculta ou perturba a percepção do verdadeiro exercício de poder*” (ZAFFARONI, 2001, p. 19).

Além disso, atrás do código oficial de punição, está um conjunto de regras implícitas, um código ideológico, um *second code*, perceptível apenas de forma probabilística em face de sua própria natureza informal. Quando se infringe as normas do código oculto, a chance de ser castigado por meio das regras do primeiro código, formal, é aguçada. Respeitando-se o *second code*, a probabilidade de que a transgressão seja tolerada, ou mesmo ignorada, pelo controle formal aumenta na mesma proporção, conferindo imunização ao transgressor (MACNAUGHTON-SMITH, 1968, p. 193).

Por esse prisma, quando se enfoca a aplicação da pena, surge a grave tensão entre a aparência do devido processo legal e a realidade do exercício seletivo do poder punitivo. De um lado, o discurso jurídico invoca o devido processo legal como critério de racionalidade, definindo o crime como realidade ontológica e o sistema de justiça criminal como instância neutra e imparcial. De outro, o mesmo devido processo legal mascara o exercício seletivo do poder de punir, a atribuição da qualidade de crime a determinados fatos, a criminalização como bem social negativo desigualmente distribuído e o sistema de justiça criminal como instituição ativa de transformação do cidadão em delinquente. Por meio das metarregras do código ideológico, define-se o momento decisivo do processo de criminalização na atuação estatal, marcada por preconceitos, estereótipos e idiosincrasias. Tal fato revela o motivo pelo qual a repressão penal se concentra na área patrimonial e não nos crimes contra a ordem tributária, a economia ou a ecologia (CIRINO DOS SANTOS, 2002, p. 55).

O reducionismo das teorias do senso comum sobre a criminalidade é reforçado pelo *second code*, reconduzindo a atividade punitiva do Estado à perseguição de uma figura estereotipada e preconceituosa do criminoso e condicionando a seletividade com o caráter conservador e reprodutivo das assimetrias sociais que se retroalimentam (ANDRADE, 2003, p. 269).

Inserido nesse programa de atuação da repressão punitiva, a atividade do juiz é inequivocamente subjetiva, impregnada de valorações próprias sobre a criminalidade. Com determinado fato, o julgador se porta de modo mais severo, com outro, de forma mais branda. Assim se molda a atuação judicial, guiada pelo código formal, mas também pelo código ideológico, principalmente nos espaços em que predominam as indeterminações, as vaguezas, as ambiguidades (NEPOMOCENO, 2004, p. 130). É pertinente, sobre a questão, o que diz Foucault (2006, p. 21): “e a sentença que condena ou absolve não é simplesmente um julgamento de culpa, uma decisão legal que sanciona; ela implica uma apreciação de normalidade e uma prescrição técnica para uma normalização possível”.

Por esse ponto de vista, a criminalidade não é uma realidade pré-constituída em relação à atividade do juiz, mas uma qualidade atribuída por ele a determinados indivíduos. Essa atribuição, então, não se dá apenas com a subsunção de uma conduta a uma figura abstrata do direito penal, mas também, e principalmente, conforme o *second code* (BARATTA, 2002, p. 107). De acordo com Baratta (2002, p. 107), “a sentença cria uma nova

qualidade para o imputado, coloca-o um *status* que, sem a sentença, não possuiria”. Além disso, esse poder de atribuir a qualidade de criminoso é retido por um grupo de funcionários inseridos em estratos sociais superiores, com interesses específicos (BARATTA, 2002, p. 111).

Por isso, no que concerne à individualização judicial da penal, esse quadro se consolida. As intrincadas equações do procedimento se prestam como contrapartida racional a uma escolha subjetiva. Nessa etapa da punição, o juiz se permite formalizar seu código pessoal de condutas, seus preconceitos e sua complacência, sempre com o respaldo do código formal. Para a imposição de uma “quantidade apropriada de dor”, esclarece Christie (1998, p. 201), “a aplicação de penas, para quem e por quê, contém uma lista infindável de questões morais profundas”. A decisão de se apenar com mais rigor certa conduta ou de se escusar outro comportamento é eminentemente pessoal: é o juiz quem decide. Sobre o assunto, vale a lição de Dias e Andrade (1997, p. 509):

Como profundo erro seria pensar – tratar-se hoje, aqui, de uma aquisição definitiva da doutrina jurídico-penal – que a determinação da medida da pena ocorre num espaço livre de legislação e de racionalidade, em que tudo seria atribuído à «arte» e à subjectividade do julgador. Só que, como a sociologia da acção jurisdicional tem posto em evidência – e, só isso, acentue-se, queremos vincar aqui –, não é possível preencher o «programa» do legislador sem o contributo dos concorrentes «programas» do julgador, dos seus *second codes* que prestam homenagem a estereótipos, ideologias e «teorias».

A individualização judicial da pena é, assim, acompanhada de um verniz retórico, com traço do *second code* que a conduz. A conotação das palavras judiciais não revela apenas o que nelas se diz, mas também a carga moral dos preconceitos não explicitados. Mas há um alerta: nem mesmo o discurso normalizador é individualizado. Afinal, o código de condutas das camadas dominantes é universal e vale para todos, especialmente para a massa homogênea de delinquentes.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O princípio da individualização da pena está desvirtuado. Com a missão de proporcionar um modo mais humanizado de produção do castigo, serve-se mais como estratégia moderna de ocultação do caráter intrinsecamente irracional da violência punitiva. Números e equações são invocados como supostas garantias de legalidade e de segurança jurídica, mas o resultado final do cálculo é a mitificação de uma razão que não resiste à primeira “prova dos nove”.

A humanidade do indivíduo se perdeu em meio à ciência aritmética da pena. Prevalece uma massificação de sujeitos, condenados de sempre que, anulados em suas singularidades, são reduzidos a um grau mínimo de visibilidade reclamada pela sistemática moderna da punição. Em lugar de individualização, impera a homogeneização, num processo que caminha rumo à eliminação final de seres degenerados, corruptores da ordem normal da sociedade.

No âmbito judicial, o cenário se acentua. A metodologia da dita individualização da pena transforma o ser humano em mero dado quantificado. O reducionismo atroz desse cálculo lhe retira a humanidade e, dentro dessa equação, converte o indivíduo em algarismo. Não há individualização. Não há humanidade. Sob a aparência da racionalidade, sobram os números.

Os antigos suplícios evidentes estão agora camuflados sob a assepsia da razão. A agressão espetacularizada dos flagelos públicos é substituída pela mecânica naturalizada dos castigos não vistos. Sem sensibilidade, sem empatia, sem pudor, a violência é distribuída com equidade e merecimento contra aqueles que rompem o pacto social. É uma violência metrificada que se apresenta inevitável.

Apesar disso, não se pode falar em coerência do discurso penal. A perspectiva classicista propõe a compreensão do delito como uma quebra do contrato social por parte de um indivíduo livre e consciente, sob o primado do princípio da igualdade. Por sua vez, a corrente positivista enfoca o sujeito criminoso, naturalmente predestinado a se desviar no seio da sociedade normal. Atualmente, tais orientações se fundem e, diante de suas incapacidades

no tocante à atribuição de legitimidade à atividade repressora estatal, acabam se distorcendo como última tentativa de resguardar a conveniência seletiva e excludente do sistema penal.

Assim também se constrói a verdade científica da doutrina penal dominante. É essa verdade que naturalmente decorre da construção racional do saber, com seus métodos neutros e imparciais. Quem pune é quem a detém. Dissimulando o caráter político do conhecimento, a ciência da punição prega o determinismo, reduzindo sujeitos selecionados a uma mera categoria jurídica manipulável. É necessário “considerar as práticas penais mais como um capítulo da anatomia política, do que uma consequência das teorias jurídicas” (FOUCAULT, 2006, p. 28). Firme em seu propósito, o direito penal moderno retira a condição humana de determinados indivíduos, estigmatiza-os e os exclui.

Está criado o “monstro”, o sujeito anormal que causa interferência na ordem social. Com a condenação, esse sujeito perde o *status* de cidadão para compor o universo da delinquência cientificamente forjada. O discurso judicial da individualização da pena se guia por essa diretriz, recompensando o grau de desvio verificado com a exata medida da punição. A natureza do delinquente define o castigo como meio incontornável de refrear sua anormalidade.

Viabiliza-se então a marcha do processo criminalizador que passa pela estigmatização, pela seleção e pela eliminação dos delinquentes. A individualização da pena se insere em cada uma dessas etapas. Imprime a marca da aberração natural com seu discurso medicalizado. Reforça a punição para esses seres e, ainda na criminalização primária, exonera de rigor punitivo as condutas típicas das camadas ricas da sociedade. Por fim, traduz-se no discurso periculosista que divulga a necessidade de extirpação física dos inimigos da ordem vigente.

Nesse sentido, quando se trata de individualização judicial da pena, a tecnologia da punição atropela princípios constitucionais, a começar pelo próprio princípio da individualização da pena. Antes de individualizar, a prática judicial massifica os condenados. Além disso, em nome da razão do cálculo, são mitigados o contraditório e a ampla defesa, pois não se sabe do que se defende. O mito da segurança jurídica fica ainda mais escancarado nesse contexto.

Uma renúncia às perguntas fundamentais da filosofia caracteriza o cientificismo reducionista do direito penal, o que o torna claramente anacrônico e empobrecido (ZAFFARONI, 2001, p. 46). O discurso judicial é repetitivo e despreocupado no que toca ao indivíduo. Reinam termos técnicos e acríticos. Fala-se de culpabilidade por meio de redundância. Os antecedentes são invocados para marcar uma dupla punição. Essa mesma dupla punição se propaga na análise dos motivos e das consequências do crime. A personalidade do indivíduo e sua conduta social são tratadas como se faz num prontuário médico. Quando se cuida de uma circunstância agravante da pena, os efeitos são devastadores. Quando se tem em questão uma circunstância atenuante, aciona-se um repertório de construções jurídicas fictícias para retirar um direito do condenado. Comportamentos particularmente desenrolados nos estratos inferiores da sociedade são apenados com máximo rigor. No fim, decide-se pela prisão, mesmo que teoricamente se admita a adoção de uma alternativa não restritiva da liberdade.

Mas não cabe aqui uma resignação. Tampouco se pretende apresentar uma solução mágica para os problemas apontados. Com suas fórmulas racionais capazes de a tudo resolver, a modernidade não mais seduz. E, sob esse paradigma, um estudo científico não implica necessariamente a prescrição metódica de leis miraculosas. A complexidade das coisas não pode ser escamoteada para dar lugar a um desenvolvimento reducionista do saber. A possibilidade a que se recorre é a de uma reflexão e não a de uma conclusão que encerre o tema. É nesse sentido que, segundo Baratta (2002, p. 215), a criminologia crítica não pode se prender à pretensão de projeto imediato como faz a criminologia tradicional.

“O direito penal não ‘resolve’ os conflitos, isto é, não é um ‘modelo’ para solução de conflitos” (ZAFFARONI, 2001, p. 32). Da mesma forma, um conflito nunca é solucionado por meio de violência, exceto quando essa solução definitiva seja confundida com a final, ou seja, o genocídio (ZAFFARONI, 2007, p. 17). E mais: “não se pode, ao mesmo tempo, excluir e incluir” (BARATTA, 2002, p. 186). Enquanto não se atinge o objetivo maior de abolição desse sistema penal violento, como diz Zaffaroni (1993, p. 53), a atitude que se deve assumir corresponde àquela adotada pela Cruz Vermelha Internacional. Por ainda não vislumbrar a possibilidade de extinção dos conflitos armados, além de não os considerar legítimos, segue trabalhando com todos os recursos disponíveis pela preservação dos direitos humanitários. Similarmente deve ser a atuação judicial no contexto da atividade repressora do

Estado. É dever, portanto, reportar-se a todos os meios já dispostos e produzir novos instrumentos de minimização dos efeitos violentos do sistema penal deslegitimado.

De fato, para que o autoritarismo não contamine de vez o Estado Constitucional, a atividade do juiz não pode se render à pressão dos discursos de emergência, principalmente porque constitui a principal frente de resistência a esse autoritarismo (ZAFFARONI, 2007, p. 80). “A agência judicial deve velar pela supremacia constitucional” (ZAFFARONI, 2001, p. 240). O direito penal deve sempre caminhar rumo ao ideal de Estado Democrático de Direito, sob pena de permitir que o Estado policial prevaleça. Para tanto, o respeito aos direitos fundamentais deve ser a tônica da ação do Estado (ZAFFARONI, 2007, p. 172/187) e “o momento penal não pode ter senão um papel relativo e, em certos casos, ‘provisórios’” (BARATTA, 2002, p. 221).

Nesse sentido, os direitos humanos não configuram uma utopia, sob um aspecto negativo. Tampouco podem ser banalizados. Definitivamente, são “*um programa de longo alcance de transformação da humanidade*” (ZAFFARONI, 2001, p. 149). Nessa perspectiva, dá-se prioridade ao indivíduo. O foco de sua proteção está na necessária diminuição imediata dos níveis de violência do sistema penal para, de forma mediata, suprimi-los, como objetivo utópico porque não *realizado* e não porque não seja *realizável* (ZAFFARONI, 2001, p. 171).

A superação do direito penal é uma “utopia concreta”. Sua defesa não implica a recusa de qualquer reforma possível no presente, esperando o futuro de uma sociedade que não mais tenha que se valer da pena. Com essa proposta, afirma-se um critério orientador da política criminal, a partir do qual se permita a medição de suas escolhas (BARATTA, 2002, p. 222).

As respostas para a redução do âmbito de interferência do sistema penal na vida dos sujeitos não são absolutas. São referências contingentes e preponderantemente transitórias (ZAFFARONI, 2001, p. 188). Por essa visão, Zaffaroni (2007, p. 181) assinala:

Em um sentido, os direitos humanos são um programa aberto, inconcluso, de realização, em grande medida, progressiva, um *unfinished*. O princípio do Estado de direito também é um *unfinished*, pois nenhum Estado do planeta pode provar que é um Estado de direito perfeito, mas sim que se aproxima ou se distancia de um modelo ideal.

A agência judicial deve cumprir o mandato de limitar a arbitrariedade seletiva do sistema penal como imperativo jus-humanista e constitucional (ZAFFARONI, 2001, p. 257). Para afirmar a individualização da pena na condição de direito fundamental, a medida imediata aberta e inconclusa é o respeito à humanidade do sujeito. Antes de atomizá-lo, a atividade judicial deve fazer prevalecer todos os imperativos constitucionais que o amparam. Não se violenta uma coisa com a punição, violenta-se um ser humano.

Com a missão de velar o imperativo constitucional, há que se reconhecer o enorme atraso da ciência jurídica diante da ciência social contemporânea. Não é admissível, para esse fim, que prossiga uma ciência do direito desligada das reflexões desenvolvidas pelos demais ramos da ciência social (BARATTA, 2002, p. 155). Pior que isso, a atividade judicial não pode permanecer alheia ao que se constrói no ambiente acadêmico. Ao contrário, deve observá-lo como estímulo (ZAFFARONI, 2001, p. 237). Indo além, a atuação jurisdicional não pode se manter voluntariamente autista, desconsiderando o que as práticas sociais têm a contribuir.

Para individualizar, é preciso respeitar a individualidade, a diferença. Num Estado que se quer constitucional, o direito de diversidade deve ser plenamente satisfeito. Como diz Baratta (2002, p. 208):

A sociedade igualitária é aquela que deixa o máximo de liberdade à expressão do diverso, porque a diversidade é precisamente o que é garantido pela igualdade, isto é, a expressão mais ampla da individualidade de cada homem, portanto, que consente a maior contribuição criativa e crítica de cada homem à edificação e à riqueza comum de uma sociedade de “livres produtores”, na qual os homens não são disciplinados como portadores de papéis, mas respeitados como portadores de capacidades e de necessidades positivas.

Para a imposição do castigo, o direito penal da Constituição vive hoje a mesma condição que o direito penal do iluminismo viveu em seu tempo: deve limitar e regular a pena. Mas, para que o direito penal da Constituição não tenha a mesma sorte do direito penal liberal, é necessário que re-encontre uma dimensão política forte e autêntica. Isso só será possível caso se incorpore em uma política integral de proteção dos direitos fundamentais (BARATTA, 2000, p. 47).

Deve-se empreender um grande esforço para uma radical releitura das necessidades humanas e das situações de risco na ótica do sistema de direitos fundamentais e da

completude normativa da Constituição. Todavia, não se trata apenas de consubstanciar um direito penal da Constituição, mas de redefinir a política pública, à luz do projeto constitucional, como política de efetivo exercício e de proteção integral dos direitos fundamentais. A tarefa que se deve cumprir tem como objetivo garantir autonomia e centralidade a todos esses direitos que estão em jogo numa concepção ampla de política criminal. E, a partir dessa configuração, uma política de justiça social e de igualdade pode ter um efeito positivo sobre os conflitos sociais independentemente das intervenções do direito penal (BARATTA, 2000, p. 45).

Entretanto, de nada adianta colocar em prática uma perspectiva que privilegie os direitos fundamentais se não se considerar o caráter complexo do sujeito constitucional. É inquietante o fato de que um sistema penal que se funda na etiologia possa comportar uma verdadeira individualização. Em confrontação a esse modelo determinista predominante na prática judicial, deve-se observar a complexidade⁵⁷ das heterogeneidades, das interconexões, dos sujeitos. Por outro viés, o conhecimento moderno “necessita ordenar os fenômenos rechaçando a desordem, afastar o incerto, isto é, selecionar os elementos da ordem e da certeza, precisar, clarificar, distinguir, hierarquizar...” (MORIN, 2005b, p. 13).

Em oposição a essa perspectiva atomizante, Edgar Morin (2005b, p. 173) aponta para outra via:

Se tentarmos pensar no fato de que somos seres ao mesmo tempo físicos, biológicos, sociais, culturais, psíquicos e espirituais, é evidente que a complexidade é aquilo que tenta conceber a articulação, a identidade e a diferença de todos esses aspectos, enquanto o pensamento simplificante separa esses diferentes aspectos, ou unifica-os por uma redução mutilante. Portanto, nesse sentido, é evidente que a ambição da complexidade é prestar contas das articulações despedaçadas pelos cortes entre disciplinas, entre categorias cognitivas e entre tipos de conhecimento.

Para a compreensão complexa do ser humano, não se pode reduzi-lo a um único aspecto (MORIN, 2005c, p. 114). O princípio de redução é desumano, pois exige daquele que cometeu um crime que seja permanentemente um criminoso, por essência, monstruoso em

⁵⁷ Edgar Morin (2005b, 13) explica: “a um primeiro olhar, a complexidade é um tecido (*complexus*: o que é tecido junto) de constituintes heterogêneas inseparavelmente associadas: ela coloca o paradoxo do uno e do múltiplo. Num segundo momento, a complexidade é efetivamente o tecido de acontecimentos, ações, interações, retroações, determinações, acasos, que constituem nosso mundo fenomênico. Mas então a complexidade se apresenta com os traços inquietantes do emaranhado, do inextrincável, da desordem, da ambigüidade, da incerteza...”.

tudo (MORIN, 2005d, p. 117). É exatamente isso o que a individualização judicial da pena faz, como se viu, com a prevalência de um pensamento compartimentado e disciplinar, no qual persistem os princípios de disfunção, de separação e de redução (MORIN, 1996a, p. 55). Contra essa ideia, o sujeito se constitui como uma qualidade fundamental, própria do ser vivo, que não se reduz à singularidade morfológica ou psicológica (MORIN, 1996a, p. 52). Nesse cenário, Morin (1996b, p. 281) externa sua indignação com a visão científica mutiladora, evidenciando ainda a complexidade do sujeito:

Por que ter sempre opiniões compartimentadas? Por que considerar os seres humanos segundo sua categoria sócio-profissional, seu nível de vida, sua idade, seu sexo, de acordo com questionários de opinião ou documentos de identidade? Cada ser, inclusive o mais vulgar ou anônimo, é um verdadeiro cosmos. Não só porque a profusão de interações em seu cérebro seja maior que todas as interações no cosmos, mas também porque leva em si um mundo fabuloso e desconhecido.

Contudo, na individualização judicial da pena, a complexidade do sujeito é desprezada e suas singularidades são suplantadas em prol de um procedimento automático de imposição do castigo. No meio das equações, a última preocupação está em olhar o indivíduo. A individualização da pena não acolhe a compreensão complexa do sujeito.

Ao mesmo tempo, sob o preceito de um princípio da individualização da pena como direito fundamental, o sujeito para quem se individualiza a pena deve ser entendido como um sujeito constitucional complexo. Por essa ótica, Michel Rosenfeld (2003, p. 17) explana:

[...] a identidade constitucional surge como algo complexo, fragmentado, parcial e incompleto. Sobretudo no contexto de uma constituição viva, de uma *living constitution*, a identidade constitucional é o produto de um processo dinâmico sempre aberto à maior elaboração e à revisão.

A identidade do sujeito constitucional se altera com o tempo, além de lhe ser inerente as complexas e ambíguas relações com outras identidades nacionais, étnicas e culturais. Esse sujeito sempre envolve um hiato porque ele é inerentemente incompleto, sempre aberto a uma necessária, mas impossível, busca de completude (ROSENFELD, 2003, p. 17/26). O problema da individualização da pena se insere na questão atinente à perspectiva fragmentada e limitada de um juiz singular que tem um acesso parcial e incompleto à realidade empírica do sujeito e a mais “pálida e fugidia” intuição da realidade das gerações futuras. É impossível ao juiz desenvolver um quadro coerente da identidade do sujeito constitucional complexo tendo

exclusivamente como referencial o que lhe é empírica e historicamente acessível (ROSENFELD, 2003, p. 43).

Para um sujeito constitucional complexo, incompleto e em constante formação, a individualização da pena não pode pressupor um indivíduo com natureza estanque e pré-concebida. Não pode desconsiderar suas virtualidades e reduzi-lo a um adjetivo que, na maior parte das vezes, é estigmatizante. A individualização da pena não pode servir para mitigar a identidade do sujeito constitucional complexo. Deve, em contrapartida, alçá-la a fato primordial, sob pena de supressão desse direito fundamental (MACHADO, 2008b, p. 11).

Num contexto em que um sistema penal deslegitimado e violento pune com gana irracional, amparando-se no mito da pena humanizada, afasta-se a própria ideia de que cada ser é único. Individualiza-se a pena para uma coisa – que também possui caráter complexo – ou para um indivíduo? Individualizar implica necessariamente adotar a abordagem do sujeito complexo.

Enquanto não se atinge a meta maior de uma sociedade que prescindia da punição, resta a alternativa provisória de tentar conter de todas as formas possíveis o arroubo agressivo da atuação repressora do sistema penal. Não se pode mais tolerar que, num autoproclamado Estado Constitucional, o direito fundamental de ter a pena individualizada não carregue consigo o pressuposto inexorável da presença humana no meio das racionalizações, dos cálculos e dos números. É preciso recuperar a humanidade perdida, enfim.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica**: do controle da violência à violência do controle penal. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. 336 p.

_____. Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social: mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum. **Seqüência**, Florianópolis, ano 16, n. 30, p. 24-36, jun. 1995.

ANIYAR DE CASTRO, Lola. **Criminologia da reação social**. Tradução de Ester Kosovski. Rio de Janeiro: Forense, 1983. 208 p.

ARAÚJO, Vicente Leal de. O princípio da individualização da pena. **Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região**, Brasília, ano 18, n. 8, p. 27-41, ago. 2006.

AUED, Norberto Rubén; JULIANO, Mario Alberto. Los mínimos en las escalas penales. In: _____. **La probation y otros institutos del derecho penal**. Buenos Aires: Editorial Universidad, 2001. p. 145-151.

BACILA, Carlos Roberto. **Estigmas**: um estudo sobre os preconceitos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. 239 p.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002. 256 p.

_____. La política criminal y el derecho penal de la Constitución: nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 29, p. 27-51, jan.-mar. 2000.

BATISTA, Nilo. **Matrizes ibéricas do sistema penal brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002. v. 1.

_____. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1996. 136 p.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 2.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Rideel, 2003. 160 p.

BECKER, Howard S. **Outsiders**: estudos de sociologia do desvio. Tradução de Maria Luiza Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008. 228 p.

BEMFICA, Francisco Vani. **Programa de direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2001. v. 1.

BERGALLI, Roberto. Sociología de la desviación. In: BERGALLI, Roberto; BUSTOS RAMÍREZ, Juan; MIRALLES, Teresa. **El pensamiento criminológico**: un análisis crítico. Bogotá: Temis, 1983. v. 1. p. 159-179.

BERMAN, Harold J. Sources théologiques de la tradition juridique occidentale. In: _____. **Droit et révolution**: la formation de la tradition juridique occidentale. Tradução de Raoul Audouin. Aix-en-Provence: Université d'Aix-en-Provence, 2001. cap. 4.

BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 4. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. 440 p.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 146.056. Recorrente: Sihan Bowanani. Recorrido: Ministério Público Federal. Relator: Ministro Felix Fischer. Brasília, 7 de outubro de 1997. Disponível em: <www.stj.jus.br/webstj/Processo/JurImagem/frame.asp?registro=199700604985&data=10/11/1997>. Acesso em: 10 mar. 2009.

_____. **Códigos Penal; Processo Penal e Constituição Federal**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. 968 p.

CARVALHO, Salo de. Aplicação da pena no Estado Democrático de Direito: postulados garantistas. In: CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 05-98.

CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de. **O controle penal nos crimes contra o sistema financeiro nacional (Lei n. 7.492, de 16 de junho de 1986)**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. 352 p.

CERNICHIARO, Luiz Vicente. Parte I. In: CERNICHIARO, Luiz Vicente; COSTA JR., Paulo José da. **Direito penal na Constituição**. São Paulo: RT, 1990. p. 7-193.

CHRISTIE, Nils. **A indústria do controle do crime: a caminho dos GULAGs em estilo ocidental**. Tradução de Luis Leiria. Rio de Janeiro: Forense, 1998. 226 p.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **A criminologia radical**. 3. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008. 139 p.

_____. **Direito penal: parte geral**. 2. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2007. 737 p.

_____. Política criminal: realidades e ilusões do discurso penal. **Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade**, Rio de Janeiro, ano 7, n. 12, p. 53-57, 2 sem. 2002.

_____. **As raízes do crime: um estudo sobre as estruturas e as instituições da violência**. Rio de Janeiro: Forense, 1984. 174 p.

COMBESSIE, Philippe. Definindo a fronteira carcerária: estigma penal na longa sombra da prisão. **Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade**, Rio de Janeiro, ano 8, n. 13, p. 131-146, 1 e 2 sem. 2003.

CRUZ, Rogério Schiatti Machado. A rainha das provas. **Correio Braziliense**, Brasília, 6 dez. 2008. Caderno “Opinião”, p. 31.

DE GIORGI, Alessandro. **A miséria governada através do sistema penal**. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2006. 128 p.

DELMAS-MARTY, Mireille. **Os grandes sistemas de política criminal**. Tradução de Denise Radanovic Vieira. Barueri, SP: Manole, 2004. 562 p.

DEMETRIO CRESPO, Eduardo. Do “Direito Penal liberal” ao “Direito Penal do inimigo”. Tradução de Érika de Carvalho. **Revista de Ciências Penais**, São Paulo, ano 1, n. 1, v. 1, p. 9-37, jul.-dez. 2004.

DIAS, Jorge de Figueiredo. Sobre o “modelo” de determinação da medida da pena. In: ZAKAREWICZ, Luiz Fernando et al. **Notáveis do direito penal**: livro em homenagem ao emérito Professor Doutor René Ariel Dotti. Brasília: Consulex, 2006. p. 215-229.

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia**: o homem delinquente e a sociedade criminógena. Coimbra: Coimbra, 1997. 573 p.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. **A racionalidade das leis penais**: teoria e prática. Tradução de Luiz Regis Prado. São Paulo: RT, 2005. 219 p.

ELIAS, Norbert; SCOTSON, John L. **Os estabelecidos e os outsiders**: sociologia das relações de poder a partir de uma pequena comunidade. Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000. 224 p.

FERREIRA, Gilberto. **Aplicação da pena**. Rio de Janeiro: Forense, 1998. 290 p.

FERRI, Enrico. **Discursos de acusação**: ao lado das vítimas. Tradução de Fernando de Miranda. São Paulo: Martin Claret, 2005. 202 p.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: história da violência nas prisões. Tradução de Raquel Ramallete. 31. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2006. 262 p.

_____. **A verdade e as formas jurídicas**. Tradução de Roberto Machado e Eduardo Moraes. 3. ed. Rio de Janeiro: NAU, 2005. 160 p.

_____. **Os anormais**. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2001. 479 p.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**: a nova parte geral. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990. 470 p.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. Introdução aos fundamentos teóricos da criminologia. Tradução de Luiz Flávio Gomes e Davi Tangerino. In: GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2006. p. 25-427.

GARLAND, David. **Castigo y sociedad moderna**: un estudio de teoría social. Tradução de Berta Ruiz de la Concha. México, DF: Siglo XXI, 1999. 368 p.

_____. Sociological perspectives on punishment. **Crime and Justice**: a review of research, Chicago, v. 14, p. 115-165, 1991.

GOFFMAN, Erving. **Manicômios, prisões e conventos**. Tradução de Dante Leite. 7. ed. São Paulo: Perspectiva, 2007. 312 p.

_____. **Estigma**: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada. Tradução de Márcia Nunes. 4. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1988. 158 p.

HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do direito penal**. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: SAFE, 2005. 456 p.

HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas perdidas**: o sistema penal em questão. Tradução de Maria Lúcia Karam. 2. ed. Niterói, RJ: LUAM, 1997. 180 p.

HUTTON, Neil. Sentencing, inequality and justice. **Social & Legal Studies**: an international journal, London, Thousand Oaks, CA, New Delhi, v. 8, p. 571-582, Dec. 1999.

JAKOBS, Günther. Direito penal do cidadão e direito penal do inimigo. In: JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Direito penal do inimigo**. Tradução de André Callegari e Nereu Giacomolli. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 19-50.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito penal**: parte geral. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.

_____. O juiz pode, em face das circunstâncias atenuantes genéricas, fixar a pena aquém do mínimo legal abstrato?. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 73, p. 03-04, dez. 1998.

KAISER, Günther. **Criminología**: una introducción a sus fundamentos científicos. Tradução de José Belloch Zimmermann. Madrid: Espasa-Calpe, 1978. 266 p.

KARAM, Maria Lúcia. Pela abolição do sistema penal. In: PASSETTI, Edson (org.). **Curso livre de abolicionismo penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2004. p. 69-107.

_____. Fixação desmotivada da pena e nulidade parcial da sentença: uma discussão necessária. **Boletim dos Procuradores da República**, Brasília, ano 5, n. 50, p. 24-26, jun. 2002.

_____. Aplicação da pena: por uma nova atuação da justiça criminal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 2, n. 6, p. 117-132, abril-jun. 1994.

LOMBROSO, Cesare. **O homem delinqüente**. Tradução de Maristela Tomasini e Oscar Corbo. Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2001. 555 p.

LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. **Direito Penal, Estado e Constituição**: princípios constitucionais politicamente conformadores do Direito Penal. São Paulo: IBCCrim, 1997. 240 p.

LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. Porto Alegre: SAFE, 1991. 123 p.

LYRA, Roberto. **Nôvo direito penal**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. v. 2.

LYRA FILHO, Roberto. **Criminologia dialética**. Brasília: Ministério da Justiça, 1997. 124 p.

MACHADO, Vinicius. O insustentável quadro de apreciação da personalidade do agente na prática penal brasileira. **Revista dos Estudantes de Direito da UnB**, Brasília, n. 7, p. 89-114, 1 sem. 2008a.

_____. O desafio da individualização da pena em face da complexidade dos sujeitos. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 15, n. 182, p. 10-11, fev. 2008b.

_____. **Nulidade da sentença condenatória decorrente da infundada aferição da personalidade do agente**. Disponível em: <www.ibccrim.org.br>, a partir de 08 dez. 2006.

MACNAUGHTON-SMITH, Peter. The second code: toward (or away from) an empiric theory of crime and delinquency. **Journal of Research in Crime and Delinquency**, Newark, NJ, v. 5, n. 2, p. 189-197, 1968.

MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito penal**. Campinas, SP: Millenium, 2002. v. 3.

MELOSSI, Dario. A gênese da instituição carcerária moderna na Europa. In: MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. **Cárcere e fábrica: as origens do sistema penitenciário (séculos XVI – XIX)**. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2006. p. 29-99.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007. 1364 p.

MÍLOVIC, Miroslav. **Comunidade da diferença**. Rio de Janeiro; Ijuí, RS: Relume Dumará; Unijuí: 2004. 142 p.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal: parte geral**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2004. v. 1.

MORIN, Edgar. **Introdução ao pensamento complexo**. Tradução de Eliane Lisboa. Porto Alegre: Sulina, 2005a. 120 p.

_____. **Ciência com consciência**. Tradução de Maria D. Alexandre e Maria Alice Sampaio Dória. 8. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005b. 350 p.

_____. **O método 4: as idéias**. Tradução de Juremir Machado da Silva. 4. ed. Porto Alegre: Sulina, 2005c. 320 p.

_____. **O método 5: a humanidade da humanidade**. Tradução de Juremir Machado da Silva. 3. ed. Porto Alegre: Sulina, 2005d. 312 p.

_____. A noção de sujeito. In: SCHNITMAN, Dora Fried (org.). **Novos paradigmas, cultura e subjetividade**. Tradução de Jussara Haubert Rodrigues. Porto Alegre: Artmed, 1996a. p. 45-55.

_____. Epistemologia da complexidade. In: SCHNITMAN, Dora Fried (org.). **Novos paradigmas, cultura e subjetividade**. Tradução de Jussara Haubert Rodrigues. Porto Alegre: Artmed, 1996b. p. 274-286.

MOUFFE, Chantal. **O regresso do político**. Tradução de Ana Cecília Simões. Lisboa: Gradiva, 1996. 206 p.

_____. Pensando a democracia com, e contra, Carl Schmitt. Tradução de Menelick de Carvalho Netto. **Cadernos da Escola do Legislativo**, Belo Horizonte, n. 1, p. 87-106, jul.-dez. 1994.

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?: a questão fundamental da democracia**. Tradução de Peter Naumann. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003. 132 p.

NEDER, Gizlene. **Illuminismo jurídico-penal luso-brasileiro: obediência e submissão**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. 256 p.

NEPOMOCENO, Alessandro. **Além da lei**: a face obscura da sentença penal. Rio de Janeiro: Revan, 2004. 256 p.

NIETZSCHE, Friedrich. **A gaia ciência**. Tradução de Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2005. 247 p.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. São Paulo: RT, 2005. 428 p.

PALAZZO, Francesco. **Valores constitucionais e direito penal**: um estudo comparado. Tradução de Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: SAFE, 1989. 120 p.

PAVARINI, Massimo. **Control y dominación**: teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico. Tradução de Ignacio Muñagorri. Buenos Aires: Siglo XXI, 2002. 224 p.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**: parte geral. 3. ed. São Paulo: RT, 2002. v. 1.

QUEIROZ, Paulo. **Direito penal**: parte geral. 2. ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 2005. 429 p.

QUINO. **Toda Mafalda**: da primeira à última tira. Tradução de Andréa Stahel da Silva et al. São Paulo: Martins Fontes, 2008. 420 p.

RAUTER, Cristina. **Criminologia e subjetividade no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 2003. 128 p.

RIVACOBÁ Y RIVACOBÁ, Manuel de. Cuantificación de la pena y discrecionalidad judicial. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 2, n. 7, p. 52-64, jul.-set. 1994.

ROSENFELD, Michel. **A identidade do sujeito constitucional**. Tradução de Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. 116 p.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**. Tradução de Gizlene Neder. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004. 282 p.

SABADELL, Ana Lucia. *Tormenta juris permissione*: tortura e processo penal na Península Ibérica (séculos XVI – XVIII). Rio de Janeiro: Revan, 2006. 416 p.

SALEILLES, Raymond. **A individualização da pena**. Tradução de Thais Amadio. São Paulo: Rideel, 2006. 256 p.

SCHMITT, Carl. **O guardião da Constituição**. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. 252 p.

_____. **Teologia política**. Tradução de Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. 168 p.

_____. *O Führer protege o direito*. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto. **Carl Schmitt e a fundamentação do direito**. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 219-225.

SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JR., Alceu. **Pena e Constituição**: aspectos relevantes para sua aplicação e execução. São Paulo: RT, 1995. 198 p.

SLOKAR, Alejandro. Culpabilidad y pena: trazos críticos sobre la cuantificación punitiva (por una indeterminación judicial relativa). **Revista de Ciencias Penales**, Montevideo, n. 4, p. 219-243, 1998.

SYLVESTRE, Marie-Eve. The paradox of the choice and monstrosity narratives in Canadian criminal law: a critique of the rules of moral culpability. **McGill Law Journal**, Montreal, 63 f., 2008. Aguardando publicação.

TAYLOR, Ian; WALTON, Paul; YOUNG, Jock. Criminologia crítica na Inglaterra: retrospecto e perspectiva. In: _____ (org.). **Criminologia crítica**. Tradução de Juarez Cirino dos Santos e Sérgio Tancredo. Rio de Janeiro: Graal, 1980. p. 01-72.

TELES, Ney Moura. **Direito penal**: parte geral-II. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1998. v. 2.

WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria**. Tradução de André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. 174 p.

YOUNG, Jock. **A sociedade excludente**: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan, 2002. 314 p.

_____. Criminologia da classe trabalhadora. In: TAYLOR, Ian; WALTON, Paul; YOUNG, Jock (org.). **Criminologia crítica**. Tradução de Juarez Cirino dos Santos e Sérgio Tancredo. Rio de Janeiro: Graal, 1980. p. 73-112.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007. 224 p.

_____. **Em busca das penas perdidas**: a perda de legitimidade do sistema penal. Tradução de Vânia Pedrosa e Amir da Conceição. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001. 281 p.

_____. **Hacia un realismo jurídico penal marginal**. Caracas: Monte Avila Latinoamericana, 1993. 189 p.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2006. v. 1.

APÊNDICES

APÊNDICE A – Distribuição de incidências por tipo penal e respectivas categorias penais

TIPO PENAL	CATEGORIA PENAL	FREQUÊNCIA	PORCENTAGEM
Art. 157, § 2º, CP	ROUBO	94	18,8%
Art. 155, § 4º, CP	FURTO	62	12,4%
Art. 14, Lei n. 10826/03	ARMAS	40	8,0%
Art. 155, <i>caput</i> , CP	FURTO	31	6,2%
Art. 171, <i>caput</i> , CP	FRAUDE	26	5,2%
Art. 12, <i>caput</i> , Lei n. 6368/76	ENTORPECENTES	24	4,8%
Art. 121, § 2º, CP	HOMICÍDIO	19	3,8%
Art. 33, <i>caput</i> , Lei n. 11343/06	ENTORPECENTES	19	3,8%
Art. 180, <i>caput</i> , CP	RECEPTAÇÃO	15	3,0%
1, Lei n. 2252/54	CORRUPÇÃO DE MENORES	14	2,8%
Art. 121, <i>caput</i> , CP	HOMICÍDIO	14	2,8%
Art. 157, <i>caput</i> , CP	ROUBO	12	2,4%
Art. 16, Lei n. 10826/03	ARMAS	10	2,0%
Art. 14, Lei n. 6368/76	ENTORPECENTES	9	1,8%
Art. 214, CP	VIOLÊNCIA SEXUAL	9	1,8%
Art. 302, Lei n. 9503/97	CRIMES DE TRÂNSITO	8	1,6%
Art. 180, § 1º, CP	RECEPTAÇÃO	6	1,2%
Art. 297, CP	FALSIDADE DOCUMENTAL	6	1,2%
Art. 304, CP	FALSIDADE DOCUMENTAL	6	1,2%
Art. 10, Lei n. 9437/97	ARMAS	5	1,0%
	MENOR POTENCIAL		
Art. 147, CP	OFENSIVO	5	1,0%
Art. 15, Lei n. 10826/03	ARMAS	5	1,0%
Art. 157, § 3º, CP	ROUBO	5	1,0%
	CRIMES CONTRA A ADM.		
Art. 50, Lei n. 6766/79	PÚBLICA	5	1,0%
Art. 129, § 1º, CP	LESÃO CORPORAL	4	0,8%
Art. 129, § 2º, CP	LESÃO CORPORAL	4	0,8%
Art. 16, Lei n. 6368/76	ENTORPECENTES	4	0,8%
Art. 1º, Lei n. 9455/97	TORTURA	3	0,6%
Art. 168, § 1º, CP	FRAUDE	3	0,6%
Art. 299, CP	FALSIDADE DOCUMENTAL	3	0,6%
Art. 306, Lei n. 9503/97	CRIMES DE TRÂNSITO	3	0,6%
Art. 158, § 1º, CP	ROUBO	2	0,4%
	MENOR POTENCIAL		
Art. 184, § 2º, CP	OFENSIVO	2	0,4%
Art. 213, CP	VIOLÊNCIA SEXUAL	2	0,4%
Art. 303, Lei n. 9503/97	CRIMES DE TRÂNSITO	2	0,4%
	CRIMES CONTRA A ADM.		
Art. 331, CP	PÚBLICA	2	0,4%
	CRIMES CONTRA A ADM.		
Art. 339, CP	PÚBLICA	2	0,4%
Art. 12, Lei n. 10826/03	ARMAS	1	0,2%

Art. 121, § 1º, CP	HOMICÍDIO MENOR POTENCIAL	1	0,2%
Art. 146, <i>caput</i> , CP	OFENSIVO MENOR POTENCIAL	1	0,2%
Art. 163, CP	OFENSIVO	1	0,2%
Art. 168, <i>caput</i> , CP	FRAUDE	1	0,2%
Art. 25, Decreto-Lei n. 3688/41	FURTO	1	0,2%
Art. 288, CP	QUADRILHA	1	0,2%
Art. 298, <i>caput</i> , CP	FALSIDADE DOCUMENTAL	1	0,2%
Art. 311, <i>caput</i> , CP	FALSIDADE DOCUMENTAL CRIMES CONTRA A ADM.	1	0,2%
Art. 312, CP	PÚBLICA CRIMES CONTRA A ADM.	1	0,2%
Art. 319, CP	PÚBLICA CRIMES CONTRA A ADM.	1	0,2%
Art. 329, § 1º, CP	PÚBLICA CRIMES CONTRA A ADM.	1	0,2%
Art. 329, CP	PÚBLICA CRIMES CONTRA A ADM.	1	0,2%
Art. 342, <i>caput</i> , CP	PÚBLICA	1	0,2%
Art. 35, Lei n. 11343/06	ENTORPECENTES	1	0,2%
Art. 40, <i>caput</i> , Lei n. 9605/98	CRIME AMBIENTAL	1	0,2%
TOTAL		501	100,0%

Obs.: A eventual diferença entre soma de parcelas das porcentagens e respectivo total é proveniente de arredondamento.

Fonte: TJDF.T.

APÊNDICE B – Formulário da pesquisa

Circunscrição: _____ Vara: _____ Ano: _____	
Nº do Processo: _____	CONDENAÇÃO: [] NÃO [] SIM
Nome do réu: _____	Sexo: [] M [] F
Juiz Sentenciante: _____	
Juiz do Interrogatório: _____	
Juiz sentenciante é o mesmo que interrogou o condenado? [] NÃO [] SIM	
Defesa: [] Defesa Pública [] Advogado particular	
1. Tipo penal da condenação: _____ Pena-base acima do mínimo: [] NÃO [] SIM	
Circunstâncias judiciais apontadas como desfavoráveis:	
[] CULPABILIDADE	Fundamentação se refere à previsão inerente ao tipo? [] NÃO [] SIM
[] ANTECEDENTES	Incidentes penais diversos de sent. cond. trans. em julgado? [] NÃO [] SIM
[] CONDUTA SOCIAL	
[] PERSONALIDADE DO AGENTE	“Personalidade voltada para o crime”? [] NÃO [] SIM
[] MOTIVOS	Fundamentação se refere à previsão inerente ao tipo? [] NÃO [] SIM
[] CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME	
[] CONSEQUÊNCIAS	Fundamentação se refere à previsão inerente ao tipo? [] NÃO [] SIM
[] COMPORTAMENTO DA VÍTIMA	
Pena-base fixada: _____ anos _____ meses _____ dias	
Agravantes? [] NÃO [] SIM Quais dispositivos? _____	
Atenuantes? [] NÃO [] SIM Quais dispositivos? _____	
Tentativa? [] NÃO [] SIM Qual fração de diminuição? _____	
Causa de aumento? [] NÃO [] SIM Quais dispositivos? _____	
Diminuição diferente de tentativa? [] NÃO [] SIM Quais dispositivos? _____	
Pena fixada: _____ anos _____ meses _____ dias [] Reclusão [] Detenção [] Apenas multa	
Pena de multa: _____ dias-multa _____ razão salário-mínimo	
2. Tipo penal da condenação: _____ Pena-base acima do mínimo: [] NÃO [] SIM	
Circunstâncias judiciais apontadas como desfavoráveis:	

<input type="checkbox"/>	CULPABILIDADE	Fundamentação se refere à previsão inerente ao tipo?	<input type="checkbox"/>	NÃO	<input type="checkbox"/>	SIM
<input type="checkbox"/>	ANTECEDENTES	Incidentes penais diversos de sent. cond. trans. em julgado?	<input type="checkbox"/>	NÃO	<input type="checkbox"/>	SIM
<input type="checkbox"/>	CONDUTA SOCIAL					
<input type="checkbox"/>	PERSONALIDADE DO AGENTE	“Personalidade voltada para o crime”?	<input type="checkbox"/>	NÃO	<input type="checkbox"/>	SIM
<input type="checkbox"/>	MOTIVOS	Fundamentação se refere à previsão inerente ao tipo?	<input type="checkbox"/>	NÃO	<input type="checkbox"/>	SIM
<input type="checkbox"/>	CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME					
<input type="checkbox"/>	CONSEQUÊNCIAS	Fundamentação se refere à previsão inerente ao tipo?	<input type="checkbox"/>	NÃO	<input type="checkbox"/>	SIM
<input type="checkbox"/>	COMPORTAMENTO DA VÍTIMA					
Pena-base fixada: _____ anos _____ meses _____ dias						
Agravantes? <input type="checkbox"/> NÃO <input type="checkbox"/> SIM Quais dispositivos? _____						
Atenuantes? <input type="checkbox"/> NÃO <input type="checkbox"/> SIM Quais dispositivos? _____						
Tentativa? <input type="checkbox"/> NÃO <input type="checkbox"/> SIM Qual fração de diminuição? _____						
Causa de aumento? <input type="checkbox"/> NÃO <input type="checkbox"/> SIM Quais dispositivos? _____						
Diminuição diferente de tentativa? <input type="checkbox"/> NÃO <input type="checkbox"/> SIM Quais dispositivos? _____						
Pena fixada: _____ anos _____ meses _____ dias <input type="checkbox"/> Reclusão <input type="checkbox"/> Detenção <input type="checkbox"/> Apenas multa						
Pena de multa: _____ dias-multa _____ razão salário-mínimo						
3. Tipo penal da condenação: _____ Pena-base acima do mínimo: <input type="checkbox"/> NÃO <input type="checkbox"/> SIM						
Circunstâncias judiciais apontadas como desfavoráveis:						
<input type="checkbox"/>	CULPABILIDADE	Fundamentação se refere à previsão inerente ao tipo?	<input type="checkbox"/>	NÃO	<input type="checkbox"/>	SIM
<input type="checkbox"/>	ANTECEDENTES	Incidentes penais diversos de sent. cond. trans. em julgado?	<input type="checkbox"/>	NÃO	<input type="checkbox"/>	SIM
<input type="checkbox"/>	CONDUTA SOCIAL					
<input type="checkbox"/>	PERSONALIDADE DO AGENTE	“Personalidade voltada para o crime”?	<input type="checkbox"/>	NÃO	<input type="checkbox"/>	SIM
<input type="checkbox"/>	MOTIVOS	Fundamentação se refere à previsão inerente ao tipo?	<input type="checkbox"/>	NÃO	<input type="checkbox"/>	SIM
<input type="checkbox"/>	CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME					
<input type="checkbox"/>	CONSEQUÊNCIAS	Fundamentação se refere à previsão inerente ao tipo?	<input type="checkbox"/>	NÃO	<input type="checkbox"/>	SIM
<input type="checkbox"/>	COMPORTAMENTO DA VÍTIMA					
Pena-base fixada: _____ anos _____ meses _____ dias						
Agravantes? <input type="checkbox"/> NÃO <input type="checkbox"/> SIM Quais dispositivos? _____						

Atenuantes? [] NÃO [] SIM Quais dispositivos? _____

Tentativa? [] NÃO [] SIM Qual fração de diminuição? _____

Causa de aumento? [] NÃO [] SIM Quais dispositivos? _____

Diminuição diferente de tentativa? [] NÃO [] SIM Quais dispositivos? _____

Pena fixada: _____ anos _____ meses _____ dias [] Reclusão [] Detenção [] Apenas multa

Pena de multa: _____ dias-multa _____ razão salário-mínimo

Concurso de crimes: [] NÃO [] SIM [] Concurso material

[] Concurso formal: fração de aumento: _____ [] Crime continuado: fração de aumento: _____

Pena final fixada: [] Reclusão _____ anos _____ meses _____ dias

[] Detenção _____ anos _____ meses _____ dias

[] Multa _____ dias-multa _____ razão salário-mínimo

Regime de cumprimento: [] Aberto [] Semi-aberto [] Fechado

Motivo: [] Pena maior de 4 anos [] Pena maior de 8 anos

[] Reincidência [] Circunstâncias desfavoráveis do art. 59

Houve substituição da pena privativa de liberdade? [] NÃO [] SIM

Motivo: [] Pena maior de 4 anos [] Violência ou grave ameaça

[] Reincidência [] Circunstâncias desfavoráveis

Houve suspensão condicional da pena? [] NÃO [] SIM

Motivo: [] Pena maior de 2 anos [] Reincidência

[] Substituição da pena [] Circunstâncias desfavoráveis