

PARECER – DA PENA CURTA DE PRISÃO: EXCEPCIONALIDADE NÃO CONFIGURADA

*LEGAL OPINION – SHORT PRISON SENTENCE:
UNCONFIGURED EXCEPTIONALITY*

GERALDO PRADO

Doutor em Direito. Investigador integrado do *Ratio Legis* – Centro de Investigação e Desenvolvimento em Ciências Jurídicas da Universidade Autónoma de Lisboa [Projeto: *Corpus Delicti* – Estudos de Criminalidade Organizada Transnacional] e Professor Visitante da Universidade Autónoma de Lisboa.
Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0340918656718376>
Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-4738-780X>
geraldoprado@terra.com.br

Autor convidado

ÁREAS DO DIREITO: Penal; Processo

RESUMO: O presente estudo é fruto de consulta que me foi formulada a partir de um caso concreto e discute o caráter excepcional da pena curta de prisão. Com efeito, o trabalho pretende verificar, no acórdão do Tribunal de Justiça, a existência de uma relação de proporcionalidade na aplicação de pena curta de prisão não substituída por medidas alternativas conforme a regra legal e o princípio constitucional da individualização da pena.

PALAVRAS-CHAVE: Pena de prisão curta – Culpabilidade – Regime de cumprimento de pena – Proporcionalidade.

ABSTRACT: The present work is the result of a consultation that was made to me from a specific case and discusses the exceptional character of the short prison sentence. In fact, the work intends to verify, in the judgment of the Court of Justice, the existence of a proportionality relationship in the application of a short prison sentence not replaced by alternative measures according to the legal rule and the constitutional principle of individualization of punishment.

KEYWORDS: Short prison sentence – Culpability – Prison conditions – Proportionality.

SUMÁRIO: 1. Consulta. 2. Medir a pena, medir a culpa. 3. Quesito. 4. Referências bibliográficas.

Recurso autuado sob n. ..., em trâmite perante a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça.¹

[...] será possível medir-se a pena? Há, portanto, um grande problema não resolvido na medida da pena. Afinal, como medimos a pena? Juarez Tavares – *Crime: crença e realidade*

O tema da relação entre o tempo e a pena, da utilização do tempo como pena, ou seja, do tempo como algo mais que a medida da pena, nos remete necessariamente à relação entre o tempo e o direito.

Ana Messuti – *O tempo como pena*

Parecer emitido *pro bono* em virtude da relevância da matéria.

Estudo em homenagem a Juarez Tavares. A dogmática penal costuma ser avara com a teoria da pena. Não é o caso de Juarez, que não permite a dissociação entre teoria e prática neste campo marcado pelas sérias consequências sociais das decisões judiciais.

1. CONSULTA

O culto advogado Diogo Rudge Malan formula consulta sobre questões atinentes ao regime jurídico-constitucional brasileiro da aplicação da pena de prisão de curta duração, no que concerne ao caso concreto adiante mencionado.

A. está condenado a 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de detenção, em regime semiaberto,² por força da extensão da decisão proferida no Agravo em Recurso Especial X, interposto pelo coacusado B.

Indaga o Consulente, de forma objetiva, sobre:

(i) a possibilidade de conhecimento das teses relativas ao cabimento do regime inicialmente aberto de cumprimento da pena e da substituição da pena corporal, em sede de Agravo Regimental, por se tratar de matéria de ordem pública, portanto cognoscível de ofício;

1. Agravo em Recurso Especial X. Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça. Agravante: A.
2. Agravo em Recurso Especial X. Decisão monocrática do Min. Relator. Agravante: B. Data da decisão: 25.10.2021. A pena foi imposta em condenação pela prática do crime definido no art. 90 da Lei 8.666/93: Art. 90. Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação: (Revogado pela Lei 14.133, de 2021) Pena – detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa. (Revogado pela Lei 14.133, de 2021)

- (ii) a necessidade de que a redução da pena para dois anos e oito meses de prisão, feita em sede de AgR em REsp, enseje uma nova e fundamentada individualização da pena do acusado;
- (iii) o preenchimento de todos os requisitos legais – objetivos e subjetivos – no caso concreto para o acusado obter regime inicialmente aberto de cumprimento da pena e substituição da pena corporal por penas alternativas.

O escopo do presente estudo limita-se à análise teórica acerca da aplicação da pena na hipótese mencionada, considerada a matéria fática conforme documentação fornecida pelo Consultente.

2. MEDIR A PENA, MEDIR A CULPA

2.1. O caso concreto é paradigmático. Passados quase 40 anos da Reforma Penal de 1984 e depois de sucessivos ciclos políticos que marcaram esse período e refletiram de forma significativa no funcionamento do sistema penal brasileiro, a questão sobre a constitucionalidade, legalidade, conveniência e adequação da pena de prisão de curta duração parece voltar à ordem do dia.

Em geral, a matéria é tratada como um problema de fixação da duração da pena aplicada em cada caso à pessoa condenada pela prática de uma infração penal.

Por esse ângulo, a rigor, a análise jurídica deveria se debruçar sobre a correta interpretação judicial dos elementos empíricos que ensejaram o arbitramento da sanção penal na hipótese submetida à apreciação, interpretação que deve ser considerada justificada quando adequada aos parâmetros definidos pelo artigo 59 do Código Penal (CP).³

Ao revés, a sanção imposta em sentença ou acórdão que esteja em desacordo com os critérios estabelecidos pela lei penal, quando excessiva ou desproporcional, deve ser considerada violadora da garantia constitucional da justa

3. Art. 59, CP. 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: (Redação dada pela Lei 7.209, de 11.7.1984) I – as penas aplicáveis dentre as cominadas; (Redação dada pela Lei 7.209, de 11.7.1984) II – a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; (Redação dada pela Lei 7.209, de 11.7.1984) III – o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; (Redação dada pela Lei 7.209, de 11.7.1984) IV – a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível. (Redação dada pela Lei 7.209, de 11.7.1984)

PRADO, Geraldo. Parecer – Da pena curta de prisão: excepcionalidade não configurada. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 190. ano 30. p. 347-383. São Paulo: Ed. RT, maio/jun. 2022.

individualização da pena, conforme o disposto nos incisos XLVI e XLVII, do artigo 5º da Constituição.⁴

2.2. Daí que a doutrina penal costuma enfrentar o assunto a partir da referência sugerida pelo citado artigo 59 do CP, levando em consideração o rico patrimônio teórico construído em torno da ideia-chave de que, se o juiz atenderá à culpabilidade do agente, é esta “medida da culpabilidade” o parâmetro a ser observado para determinar a “medida da pena” cabível no caso concreto.

2.3. Penalistas se debruçam sobre as diversas teorias da culpabilidade, acerca dos conceitos diferenciados da própria noção de culpabilidade, refletem sobre os fins da pena e, por derradeiro, teorizam sobre os critérios legais e supralegais que devem orientar o julgador e a julgadora no momento em que fixam a pena no caso concreto. Este tende a ser o percurso dogmático que quase sem exceção guia os juristas pelas brumas da análise da etapa derradeira da “sentença condenatória”.

2.4. A doutrina penal, como regra geral, portanto, parte da premissa de que é possível “medir a culpabilidade” e empregar essa medida como régua para também “medir a pena” a ser arbitrada na condenação.

2.5. As teorias da culpabilidade e da pena e os critérios legais e supralegais de sua fixação são importantes, sem dúvida, e a elas e a eles o presente estudo dedicará atenção mais à frente.

2.6. No entanto, já a indiciar que uma *mensuração* do gênero era uma tarefa impossível, com risco de, levada a cabo como profissão de fé, produzir resultados práticos irracionais e desumanos, no longínquo ano de 1976 o saudoso penalista Aníbal Bruno advertia quanto à gravidade da imposição de pena de prisão de curta duração, sob qualquer aspecto em contradição com os propósitos que estão na base das teorias penais que inspiram os Códigos contemporâneos.

Sublinhava, com efeito, Aníbal Bruno:

“Sobre as penas curtas de prisão, a condenação é geral. Afirma-se hoje que elas não corrigem, mas aprofundam mais ainda o desajuste do criminoso. Pela sua curta duração, não permitem que alcancem qualquer resultado útil as práticas

4. Art. 5º, CR. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] 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; XLVII – não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis;

corretivas do tratamento penal. E ainda mais, levam o pequeno delinquente ao convívio com criminosos mais experimentados e endurecidos, que criam em volta dele uma atmosfera de estímulo ao crime e de aperfeiçoamento dos seus meios.”⁵

2.7. Voltaremos ao tema da contradição entre a pena de prisão de curta duração e as finalidades da sanção penal.

Nesse momento, mais do que isso, interessa destacar que esse evidente retrocesso – Aníbal Bruno escreve em julho de 1976 – pode ser percebido como devoção acrítica a equivocados dogmas normativos e epistemológicos. O texto decisório oculta a contradição normativa e epistêmica e a oculta sob a forma de uma pseudotécnica de fixação da pena que discursivamente procura justificar que um réu primário, condenado pela prática de crime cometido sem violência ou grave ameaça à pessoa, merece ser castigado com a efetiva privação de sua liberdade por curto período.

Entre 1976 e 1984, ainda ao tempo da ditadura militar e quando estávamos bem distantes da catastrófica situação atual do sistema prisional brasileiro, formou-se alargado consenso de que deveríamos caminhar na direção de um modelo que em primeiro lugar privilegiasse na punição a “harmônica *integração social do condenado* e do internado”, como expressamente veio a estabelecer o artigo 1º da Lei 7.210/84, nossa Lei de Execução Penal (LEP).⁶

Aníbal Bruno advertia quanto à pena de prisão de curta duração: nesse caso, é contraditório pretender *integrar socialmente* o condenado o dessocializando.

2.8. No caso concreto, aos olhos do juiz sentenciante o “merecimento de pena”, da curta pena de prisão imposta, corresponderia a uma hipotética culpabilidade mais acentuada que teria sido “aferida” a partir de considerações sobre a condição social, grau de instrução, nível profissional, condição financeira e oportunidades sociais do condenado.⁷

Segundo o juiz, “a conduta social reprovável do réu” não autorizava a substituição da pena privativa de liberdade por sanção restritiva de direitos.

5. BRUNO, Aníbal. *Das penas*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976. p. 62.

6. Art. 1º, LEP. A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.

7. Processo Y. Vigésima Sétima Vara Criminal da Comarca da Capital do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Sentença. Acusado(s): A. e outro(s). Data: 11.01.2016. fls. 1409-1417.

Ainda não é momento, no presente estudo, para mencionar que sequer a reforma legal derivada da Lei 9.714/98, que alterou os artigos 44 e 45 do CP,⁸ foi alvo de algum tipo de efetiva *explicação* judicial, salvo a genérica referência a uma “conduta social reprovável do réu” a “não indicar que tal substituição seja

8. Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: (Redação dada pela Lei 9.714, de 1998) I – aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo; (Redação dada pela Lei 9.714, de 1998) II – o réu não for reincidente em crime doloso; (Redação dada pela Lei 9.714, de 1998) III – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente. (Redação dada pela Lei 9.714, de 1998) § 1º (VETADO) (Incluído pela Lei 9.714, de 1998) § 2º Na condenação igual ou inferior a um ano, a substituição pode ser feita por multa ou por uma pena restritiva de direitos; se superior a um ano, a pena privativa de liberdade pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos. (Incluído pela Lei 9.714, de 1998) § 3º Se o condenado for reincidente, o juiz poderá aplicar a substituição, desde que, em face de condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime. (Incluído pela Lei 9.714, de 1998) § 4º A pena restritiva de direitos converte-se em privativa de liberdade quando ocorrer o descumprimento injustificado da restrição imposta. No cálculo da pena privativa de liberdade a executar será deduzido o tempo cumprido da pena restritiva de direitos, respeitado o saldo mínimo de trinta dias de detenção ou reclusão. (Incluído pela Lei 9.714, de 1998) § 5º Sobrevindo condenação a pena privativa de liberdade, por outro crime, o juiz da execução penal decidirá sobre a conversão, podendo deixar de aplicá-la se for possível ao condenado cumprir a pena substitutiva anterior. (Incluído pela Lei 9.714, de 1998).

Art. 45. Na aplicação da substituição prevista no artigo anterior, proceder-se-á na forma deste e dos arts. 46, 47 e 48. (Redação dada pela Lei 9.714, de 1998) § 1º A prestação pecuniária consiste no pagamento em dinheiro à vítima, a seus dependentes ou a entidade pública ou privada com destinação social, de importância fixada pelo juiz, não inferior a 1 (um) salário mínimo nem superior a 360 (trezentos e sessenta) salários mínimos. O valor pago será deduzido do montante de eventual condenação em ação de reparação civil, se coincidentes os beneficiários. (Incluído pela Lei 9.714, de 1998) § 2º No caso do parágrafo anterior, se houver aceitação do beneficiário, a prestação pecuniária pode consistir em prestação de outra natureza. (Incluído pela Lei 9.714, de 1998) § 3º A perda de bens e valores pertencentes aos condenados dar-se-á, ressalvada a legislação especial, em favor do Fundo Penitenciário Nacional, e seu valor terá como teto – o que for maior – o montante do prejuízo causado ou do provento obtido pelo agente ou por terceiro, em consequência da prática do crime. (Incluído pela Lei 9.714, de 1998) § 4º (VETADO) (Incluído pela Lei 9.714, de 1998)

suficiente”,⁹ sendo de se presumir que a “conduta social” referida seja o crime, que foi reprovado com pena inferior a quatro anos de prisão, em regime semiaberto.

Por ora, fiquemos por aqui.

2.9. Sem entrar no mérito da correção da aferição do “merecimento concreto de pena” e relembrando uma vez mais a advertência de Aníbal Bruno, cabe perguntar: se a pena curta de prisão é “dessocializadora” e não “ressocializadora”, como esse tipo de pena pode ser o resultado de uma “medida de culpabilidade”? Uma *mensuração* do gênero, se possível de ser executada, pode conduzir a um resultado *negativo*? A uma pena que *dessocializa* no lugar de *ressocializar*?

Vista a coisa por outro ângulo: será que a decisão em questão – e outras do mesmo gênero – expressa “argumentos de autoridade” que se justificam e se bastam a si mesmos, sem necessidade de recorrer aos dados da realidade, às circunstâncias do caso concreto e a parâmetros legais de arbitramento de pena? O percurso racional de motivação da fixação da pena, definido no art. 59 do CP, é algo ilusório, não exequível, e possibilita, pois, fixar *qualquer* pena desde que prevista no preceito sancionatório?

Mais uma forma de expressar a mesma observação: será a tarefa de arbitrar penas algo puramente intuitivo, emocional, fruto da experiência judicante pessoal do magistrado?

Categorias como “medir”, “mensuração”, “culpabilidade”, “fins da pena”, “prevenção geral” entram em questão. Se elas não correspondem a realidades sensíveis e experiências sociais que possam ser compreendidas e compartilhadas, a mera referência a essas categorias nas decisões penais funcionaria como “fachada discursiva” para a imposição caprichosa de castigos.

Qualquer que seja a pena eleita pelo juiz em semelhante hipótese seria insuscetível de correção pelo tribunal, porque a afirmação, por exemplo, de que a “substituição da prisão por sanção alternativa não seria suficiente à reprovação da conduta” bastaria por si mesma. O controle recursal incidiria somente no caso de imposição de pena fora da escala das penas abstratamente cominadas à específica infração penal.

2.10. É o caso de reprovar uma tal conclusão solipsista. O saber jurídico-penal repudia uma solução arbitrária do gênero. A Constituição e as leis não amparam

9. Processo Y. Vigésima Sétima Vara Criminal da Comarca da Capital do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Sentença. Acusado(s): A. e outro(s). Data: 11.01.2016. Fls. 1409-1417.

a pena arbitrada por intuição ou emoção, escorada tão somente na reprodução de palavras do texto legal.

Reconhecendo, como sublinhado no início deste estudo, que o caso é paradigmático e que, portanto, fica *a priori* excluída a hipótese de uma decisão sobre a pena deliberadamente enviesada, uma explicação teórica possível para um desacordo tão gritante entre o modelo de punição conformado à Constituição e sua concretização em franca oposição à Constituição exige passos atrás na premissa de que “a pena do agente deve corresponder à medida de sua culpabilidade”, fórmula da qual deveriam derivar soluções, e não problemas.

Há, no entanto, dificuldades no caminho. Essas dificuldades necessitam ser identificadas para que possam ser superadas.

E o princípio da controvérsia está bem representado pela pergunta de Juarez Tavares, inscrita em um contexto que se orienta à crítica do caráter arbitrário de fixação da pena. Afinal, “será possível medir-se a pena?”¹⁰

É por aqui que se deve começar.

2.11. Medir a pena é medir o tempo. Há na pretensão de medir a pena uma base, um ponto de partida, que tem a ver com a capacidade de “mensuração de um objeto”. Antes da “medida da pena” ter sido incorporada ao discurso jurídico e à experiência trivial da sociedade contemporânea, a ideia mesma da *medição* ganhou foro qualitativo e se impôs como forma de raciocínio independente das suas origens.

A realidade (ou ao menos alguns de seus aspectos) poderia ser *medida*, *mensurada* e isso seria útil e conveniente.

2.12. Em seu *O tempo como pena*, Ana Messuti propõe uma referência que pode ajudar a entender a *naturalização* do ato de *medir* para além da mensuração de objetos que têm extensão e que são providos de uma “medida natural”, como é o caso do espaço.¹¹

2.13. Referindo-se a Platão em *Protágoras, ou os sofistas*, Ana Messuti inicia sua reflexão não pela noção de “medida”, mas pela de “valor”, indagando de que maneira é possível “determinar o valor relativo de um prazer ou de uma pena, se não mediante uma estimativa quantitativa?”, para na sequência postular que na Antiguidade a referida noção estava associada à ideia de “precisão”.¹²

10. TAVARES, Juarez. *Crime: crença e realidade*. Rio de Janeiro: Da Vinci Livros, 2021. p. 91.

11. MESSUTI, Ana. *O tempo como pena*. Trad. Tadeu Antonio Dix Silva e Maria Clara Veronesi de Toledo. São Paulo: Editora RT, 2003. p. 36.

12. MESSUTI, Ana. *O tempo como pena*. Trad. Tadeu Antonio Dix Silva e Maria Clara Veronesi de Toledo. São Paulo: Editora RT, 2003. p. 35-36.

2.14. Essa “precisão”, salienta Ana Messuti, vinculava-se a outra noção, a de “intensidade”, que no âmbito específico de interesse deste estudo relaciona-se com a ideia de “medida como proporção”. Assevera a mencionada autora: “Para que o ato da pena seja um ato ‘com medida’ deve ser proporcional ao ato do delito”.¹³

Não havia aqui, claramente, relação entre *medição* de um objeto real ou simbólico (a dor sofrida pela vítima do crime) e a noção de *duração*, de uma *extensão temporal*. A justaposição do crime ao castigo era (e é) impossível, porque se tratava de condutas de natureza diversa, ainda quando sacrificassem bens *equivalentes* (o homicídio e a pena de morte).

O que se poderia aferir, supunha-se, era uma relação de *intensidade*, um raciocínio fundado em tese na proporcionalidade da intensidade da dor sofrida e causada, que aparentemente no direito arcaico ocidental tinha o significado do “olho por olho”.

Mesmo na Antiguidade ocidental, sabemos que os critérios de aferição das lesões e de decisão acerca da natureza e intensidade da resposta social (jurídico-penal, diríamos hoje) foram se tornando mais complexos. Temas como “intencionalidade” da ação lesiva e “previsibilidade” do resultado danoso e, ainda, relativos à “conveniência” da própria punição conforme o interesse prevalente no grupo social, modificaram sensivelmente as estruturas de arbitramento de responsabilidade e a noção arcaica de proporcionalidade do castigo ao ato do delito foi se afastando da concepção que supostamente orientava as práticas primitivas.¹⁴

2.15. Por sua vez, a “medida da pena” como extensão no tempo e, pois, como “duração”, é uma ideia moderna que surgirá fruto da adoção de espécies de castigo cuja execução não era mais instantânea ou imediata. Nesse ponto, a professora da Universidade de Buenos Aires chama atenção para a relação moderna entre tempo e direito e a utilização do tempo como pena.

Afirma Ana Messuti: “A pena é um dos casos em que o direito subordina o tempo aos fins que almeja.”¹⁵

13. MESSUTI, Ana. *O tempo como pena*. Trad. Tadeu Antonio Dix Silva e Maria Clara Veronesi de Toledo. São Paulo: Editora RT, 2003. p. 36.

14. PRADO, Geraldo. A doutrina do corpo de delito. *A cadeia de custódia da prova no processo penal*. 2. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2021. (Capítulo 3). p. 63-87.

15. MESSUTI, Ana. *O tempo como pena*. Trad. Tadeu Antonio Dix Silva e Maria Clara Veronesi de Toledo. São Paulo: Editora RT, 2003. p. 42.

O excepcional *Pena y estructura social*, escrito em momentos distintos, nos explosivos anos 30 do século passado, por Georg Rusche e Otto Kirchheimer, expoentes da Escola de Frankfurt, é revelador de *como* o direito, especialmente o penal, subordina o tempo subjetivo aos fins almejados e como o tempo foi convertido no poderoso dispositivo de punição dos dias atuais.¹⁶

2.16. Ainda que se possa concordar com a citada autora sobre a prevalência, no Mundo Antigo, de uma subjetividade orientada a determinar o valor do prazer ou de uma pena, fato é que hoje está muito claro que a mensuração da realidade e o protagonismo da quantificação na sociedade ocidental é algo muito mais recente.

2.17. Alfred W. Crosby, em seu *A mensuração da realidade: a quantificação e a sociedade ocidental (1250-1600)*, conta a história da conversão de uma sociedade que vai se tornando complexa, citadina e tecnológica na medida em que o elemento qualitativo que orientava as relações interpessoais em contextos mais simples cede ao novo paradigma quantitativo.¹⁷

2.18. Naturalizamos hoje a medida do tempo, a medida do espaço e a medida (extensão e peso) das coisas, mas não nos damos conta de que na maior parte de nossa história os grupos humanos não dispunham de relógios, calendários, mapas, balanças e metros e que falar em “medida do tempo” na Antiguidade é algo no mínimo arriscado.

2.19. Alfred Crosby salienta que os “textos de Platão e Aristóteles celebram uma abordagem *não* metrológica, ou até *antimetrológica*, e têm a vantagem adicional de ser representativos do apogeu do modo de pensar de nossos ancestrais” (grifos do autor).¹⁸

2.20. Especialmente na seguinte passagem, Alfred Crosby fornece as pistas da transição entre a hegemonia da descrição e análise para o protagonismo da quantificação, oferecendo-nos a explicação para essa espécie de compulsão do ato de “medir” que domina o ser humano nos nossos dias. Vejamos:

“Aristóteles, ‘O Filósofo’, como o chamava a Europa medieval, considerava a descrição e a análise mais úteis em termos qualitativos do que em termos quantitativos.

16. RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Pena y estructura social*. Trad. Emilio García Méndez. Bogotá: Editorial Temis, 1984.

17. CROSBY, Alfred W. *A mensuração da realidade: a quantificação e a sociedade ocidental (1250-1600)*. Trad. Vera Ribeiro. São Paulo: UNESP, 2001.

18. CROSBY, Alfred W. *A mensuração da realidade: a quantificação e a sociedade ocidental (1250-1600)*. Trad. Vera Ribeiro. São Paulo: UNESP, 2001. p. 25.

Nós diríamos que o peso, a dureza, a temperatura ‘e outros contrários sensíveis’ são quantificáveis, mas isso não está implícito nem nessas qualidades nem na natureza da mente humana. Nossos psicólogos infantis declaram que os seres humanos, mesmo na primeira infância, exibem indícios de ser inatamente dotados da capacidade de contar entidades descontínuas [...] mas o peso, a dureza e outros que tais não nos parecem ser quantidades de entidades descontínuas. São estados, e não coleções; e, o que é pior, muitas vezes são mudanças fluidas. *Não podemos contá-los tal como são; temos de vê-los com os olhos da mente, quantificá-los de modo arbitrário, e depois contar as quantidades [...]*

O que se pode medir em termos de quantidades não é tão simples quanto pensamos nós, que temos a vantagem retrospectiva dos erros de nossos ancestrais. Por exemplo, no século XIV, quando os estudiosos do Merton College, de Oxford, começaram a pensar nos benefícios de medir não apenas o tamanho, mas também qualidades fugidias como o movimento, a luz, o calor e a cor, eles foram em frente, deram asas à imaginação e falaram em quantificar a certeza, a virtude e a graça¹⁹ [grifo nosso].

2.21. Ainda que seja possível quantificar – e medir – ondas invisíveis e objetos infinitamente minúsculos ou distâncias siderais não apreensíveis pelos sentidos, o protagonismo da “mensuração” não dispensa as características do objeto da análise. Este deve ser *mensurável* de alguma maneira e, para isso, como em todos os casos de quantificação, é necessário definir parâmetros e elementos de comparação que de fato sejam *comparáveis*.

2.22. O “conhecimento” efetivo do objeto e a natureza de suas propriedades em condições de permitir a realização de comparação, à luz de critérios objetivos, aceitos em uma determinada “comunidade”, são pressupostos para qualquer mensuração.

2.23. A questão é que “culpabilidade”, o que quer que possa significar, não preenche as condições de mensurabilidade. Quantificar a culpabilidade e quantificar a virtude são tarefas para as quais ainda não foram descobertos instrumentos ou definidas metrologias capazes de evitar o domínio de caprichos e arbitrariedades.

2.24. Juarez Tavares examina um paradoxo contemporâneo. O autor assinala que enquanto a física e a mecânica quântica modernamente inclinam-se pelo reconhecimento do papel da “indeterminação” de certos estados e fenômenos, questionando seculares juízos de absoluta certeza, “a ciência jurídica se orientou

19. CROSBY, Alfred W. *A mensuração da realidade: a quantificação e a sociedade ocidental (1250-1600)*. Trad. Vera Ribeiro. São Paulo: UNESP, 2001. p. 26.

pelo princípio de que a culpabilidade pode ser medida e, conseqüentemente, a dosimetria da pena pode corresponder à gravidade do fato”.²⁰

Acrescento que essa obsessão *metrológica* do direito, ainda que em descompasso com a física contemporânea, é reforçada, por um lado, pelo senso comum de que “tudo é mensurável”; e, por outro, porque ao menos em termos retóricos é necessário sustentar que o Direito se orienta à *segurança* de determinadas relações e situações e que a *certeza jurídica* é o seu fim último.

Precisão, certeza, medida e segurança introduzem-se assim no vocabulário jurídico mesmo quando a certeza e a precisão são inalcançáveis, a segurança é ilusória e a medida não se conforma em face do incomensurável.

Quando o poder das palavras parece subjugar a realidade é necessário colocá-lo em perspectiva.

2.25. E é o “poder” que define as pautas punitivas. Porque punir e como punir são decisões políticas, o que não significa dizer que são decisões arbitrárias e indomesticáveis. Ao contrário, na vigência do estado de direito e sob o império do princípio da dignidade da pessoa humana as decisões políticas que veiculam dor e sofrimento não estarão legitimadas fora do marco da estrita necessidade.

Essa “estrita necessidade” é, pois, a fórmula em disputa.

Passemos à sua análise na relação que estabelece com a ideia de “segurança”.

2.26. Ao comparar as distintas penas hoje cominadas em abstrato – e mesmo não incriminações – por diferentes ordenamentos jurídicos para o mesmo tipo de conduta, Juarez Tavares põe em evidência o “juízo normativo de valor” não universal e, pois, não padronizável, das punições prescritas a condutas equivalentes.²¹

2.27. Em um mesmo ordenamento jurídico o tratamento diferenciado atribuído pelo legislador a condutas dolosas e culposas, que pode chegar a estabelecer punição mais rigorosa para estas em detrimento daquelas, igualmente confirma a tese do professor da UERJ de que o “juízo normativo de valor é puramente aleatório, porque todo enunciado axiológico não tem base empírica, é *resultado de uma crença*” [grifo nosso].²²

2.28. Um dos graves problemas, relativamente à crença de que a punição é fonte ou causa de segurança jurídica, repousa na suposição de que sociedades que mais punem são necessariamente sociedades mais seguras.

20. TAVARES, Juarez. *Crime: crença e realidade*. Rio de Janeiro: Da Vinci Livros, 2021. p. 93.

21. TAVARES, Juarez. *Crime: crença e realidade*. Rio de Janeiro: Da Vinci Livros, 2021. p. 93.

22. TAVARES, Juarez. *Crime: crença e realidade*. Rio de Janeiro: Da Vinci Livros, 2021. p. 93.

Juarez Tavares apresenta o interessante resultado do censo da criminalidade na Alemanha e revela que, no ano de 2019, teriam sido cometidas 5.436.401 (cinco milhões, quatrocentos e trinta e seis mil, quatrocentos e uma) infrações penais, que geraram cerca de 729.000 (setecentas e vinte e nove mil) condenações, deixando um déficit superior a 4.700.000 (quatro milhões e setecentos mil) delitos não punidos.²³

2.29. A evidente desproporção real entre infrações e punições, no entanto, não interfere na forte circulação da ideia de que o modelo alemão rechaça a impunidade, inspirando abaixo da linha do Equador a sensação de que por aqui é diferente, que na América do Sul reina um estado de impunidade que deve ser combatido.

2.30. Na América Latina, a circulação de ideias no campo penal e a imitação de modelos são mais poderosos que o estudo comparativo a partir da diferenciação de contextos e do levantamento de dados que permita confirmar ou não as hipóteses afinal convertidas em políticas punitivas.

E isso não se dá apenas no tocante ao exemplo alemão, referido por Juarez Tavares.

2.31. A confiança de que a “certeza da punição” é o motor da segurança jurídica e impulsiona a crença na validade dos valores compartilhados pela comunidade é possivelmente uma das maiores contribuições da “importação/imitação” da decisão política de incrementar a repressão penal à moda estadunidense, indiscutível líder mundial no quesito “encarceramento de seres humanos”, respondendo com dois milhões de presos em um universo de onze milhões de pessoas encarceradas em todo o mundo.²⁴

2.32. A propósito dessa crença, Jorge L. Esquirol cunhou a categoria das “ficções do direito latino-americano”.

A busca dos Estados latino-americanos por incorporar as pautas teórico-práticas europeias e norte-americanas no tema da repressão penal, ignorando as realidades locais e apelando – e no direito penal *como se apela ao germanismo jurídico!* – a “vocabulários e referências bastante exotéricos e indiretos”,²⁵ concorre

23. TAVARES, Juarez. *Crime: crença e realidade*. Rio de Janeiro: Da Vinci Livros, 2021. p. 94.

24. WORLD PRISON BRIEF (WPB). *Mudanças nos padrões de encarceramento*. Disponível em: [https://www.prisonstudies.org/ten-country-prisons-project/mudan%C3%A7as-nos-padr%C3%B5es-de-encarceramento]. Acesso em: 17.01.2022.

25. ESQUIROL, Jorge L. *Las ficciones del derecho latinoamericano*. Bogotá: Siglo del Hombre Ed. Y Universidad de los Andes, 2014. p. 43.

para a crença nativa de um “falidismo”, como espécie de “incapacidade congênita” de nossas instituições de controlar o crime, o que, em tese, o punitivismo norte-americano lograria alcançar com relativo êxito.²⁶

2.33. Jorge Esquirol sublinha que nessa disputa global pela hegemonia de sistemas jurídicos, que é tudo menos algo política e economicamente desinteressado, *vendem-se* “supersistemas jurídicos de fábula (especialmente no Norte)”, cuja máxima que sintetizaria seu funcionamento seria, segundo o mesmo autor, “se cometes um delito serás responsabilizado”.²⁷

A realidade, no entanto, desacredita o discurso hegemônico, apontando muito mais na direção de um enviesamento racial e de controle da pobreza, no modelo penal norte-americano, do que em um sistema paradigmático de igualdade perante a lei.²⁸

2.34. Nesse sentido, não custa recuperar a análise de Loïc Wacquant, que acerca do referido modelo sublinhou:

“*Expansão horizontal* via dilatação da suspensão condicional da pena, reestruturação da liberdade condicional e ampliação das bases de dados eletrônicas e genéticas, para propiciar maior vigilância à distância. O resultado desse ‘alastramento’ da rede penal é que hoje 6,5 milhões de norte-americanos estão sob supervisão da justiça criminal, o que representa, na população masculina, um em cada vinte adultos (mais de 35 anos), um em nove adultos negros e um a cada três negros com 18 a 35 anos.”²⁹

2.35. De toda maneira, não parece difícil de entender que a punição da totalidade dos crimes praticados em determinado período em qualquer sociedade é fruto de um delírio. Instrumentalizar o conceito de segurança jurídica e certeza da punição a partir dessa premissa conduz a raciocínios e práticas bastante problemáticos, isso porque qualquer juiz ou juíza, em qualquer lugar do mundo, deparar-se-á com o déficit visível de punição que a sua região apresenta – nessa relação imaginária com sociedades que punem a imensa maioria das infrações penais –, déficit que hipoteticamente poderia ser *compensado* pela decisão *rigorosa* do caso concreto.

26. ESQUIROL, Jorge L. *Las ficciones del derecho latinoamericano*. Bogotá: Siglo del Hombre Ed. Y Universidad de los Andes, 2014. p. 35, 39, 43 e 284-291.

27. ESQUIROL, Jorge L. *Las ficciones del derecho latinoamericano*. Bogotá: Siglo del Hombre Ed. Y Universidad de los Andes, 2014. p. 14.

28. WACQUANT, Loïc. *As duas faces do gueto*. São Paulo: Boitempo, 2008. p. 123.

29. WACQUANT, Loïc. *As duas faces do gueto*. São Paulo: Boitempo, 2008. p. 123.

Essa *compensação* operada no âmbito da punição nos casos concretos – e o caso ora examinado é exemplar a respeito – é talvez um dos produtos mais perversos da circulação meramente simbólica dos modelos penais, porque é internalizada de tal maneira pelo magistrado e pela magistrada sentenciante a ponto de, em condenações pela prática de determinados crimes, funcionar como meta-critério de exasperação da sanção penal.

2.36. Trata-se de uma forma de escapar à determinação jurídica de uma responsabilidade pelo ato, que no Estado de Direito significa responsabilidade *daquele acusado* pela prática do *específico crime* objeto da imputação processual, para converter-se em responsabilidade do acusado pela prática de uma *espécie de crime* – corrupção, fraude, homicídio, tráfico de drogas – que, segundo o juiz do caso concreto, é punida com menos frequência do que deveria.

O raciocínio punitivo *compensatório* invariavelmente se traduz por meio de expressões linguísticas que, remetendo ao acusado, o *culpabilizam* pela suposta impunidade alheia.

Assim, para ficarmos no exemplo da sentença examinada, “condição social, grau de instrução, nível profissional, condição financeira e oportunidades sociais do condenado”³⁰ são referências a classes de pessoas. Pessoas assim, esse é o raciocínio subliminar contido na decisão, frequentemente escapam à punição.

Como *esse* acusado não escapou é *justo*, supõe o magistrado, que sirva de exemplo para a sua classe. Esse é o real sentido da expressão “exemplarmente punido”, que costuma engrossar o glossário das sentenças arbitrárias.

2.37. Sem embargo do que essa *compensação punitiva* possa significar em termos de ajustamento às teorias da culpabilidade, no plano do discurso dos penalistas, algo que pode ser visto no excelente *Teorias da pena*, de Tatjana Hörnle,³¹ fato é que a fachada das referências “pessoais” do condenado esconde uma generalização incompatível com o princípio constitucional da individualização da pena.

Trata-se de uma *condenação de classe social*. Esse é seu teor e é inconstitucional como seria se as referências dissessem respeito a alguém que fizesse parte dos grupos sociais vulneráveis.

2.38. A nitidez dessa inconstitucionalidade é percebida e denunciada nos dias atuais, mas tem uma história que a vincula ao direito penal do autor que é bem mais

30. Processo Y. Vigésima Sétima Vara Criminal da Comarca da Capital do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Sentença. Acusado(s): A. e outro(s). Data: 11.01.2016. Fls. 1409-1417.

31. HÖRNLE, Tatjana. *Teorias da pena*. Trad. Tatiana Stoco e Silvio Leite Guimarães, com colaboração de Patrícia Pimentel de Oliveira. In: STOCO, Tatiana (Org.). *Dois estudos: teoria da pena e culpabilidade*. São Paulo: Marcial Pons, 2020. p. 17-67.

antiga que a própria concepção normativa da culpabilidade. Uma história que evoca um certo caráter revolucionário e igualitário, notando em diferenças pessoais sem relação com a infração penal concreta os elementos que supostamente autorizam punição mais acentuada pela condução da vida ou pela origem social.

Assim, é o médico iluminista Jean Paul Marat, em seu *Plan de legislación criminal*, de 1780, com o qual concorreu ao prêmio sugerido por Voltaire e concedido por Frederico II, da Prússia, que, reprovando as penas cruéis e postulando a *proporcionalidade* do castigo,³² mesmo assim advertirá que “filhas amadas”, “homens que nadam no supérfluo” ou criados “no sentimento de honra” são mais *culpados* que “filhas maltratadas”, “homens pobres ou abandonados à natureza”, quando punidos por libertinagem, furto ou calúnia.³³

Nilo Batista, outra mente genial do direito penal brasileiro, identificará o “olhar reprovador sobre os acusados”, desdobramento constatável do conceito de “reprovabilidade” proposto por Reinhard Frank na transformação do conceito de culpabilidade apresentado em 1907, como herdeiro da visão exposta por Marat.³⁴

2.39. A “culpabilidade como reprovabilidade” de Frank, ilustrada na diferença de merecimento de punição do esforçado caixeiro viajante e do janota aventureiro, bem a percebeu Nilo Batista, em verdade oculta “determinações sociais e mentalidades morais” imprestáveis para “demarcar a base referencial da reprovação”.³⁵

Os juízos morais como “clara expressão de um senso ético comum”,³⁶ quando não, expressão de um “moralismo vulgar”,³⁷ atentam contra a liberdade que a Constituição assegura a todas as pessoas para conduzir as suas vidas.

32. MARAT, Jean Paul. *Plan de legislación criminal*. Trad. A. E. L. Buenos Aires: Hammurabi, 2000. p. 78.

33. MARAT, Jean Paul. *Plan de legislación criminal*. Trad. A. E. L. Buenos Aires: Hammurabi, 2000. p. 81.

34. BATISTA, Nilo. Cem anos de reprovação. In: NASCIMENTO, André (Org.). *Cem anos de reprovação: uma contribuição transdisciplinar para a crise da culpabilidade*. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 164.

35. BATISTA, Nilo. Cem anos de reprovação. In: NASCIMENTO, André (Org.). *Cem anos de reprovação: uma contribuição transdisciplinar para a crise da culpabilidade*. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 164.

36. BATISTA, Nilo. Cem anos de reprovação. In: NASCIMENTO, André (Org.). *Cem anos de reprovação: uma contribuição transdisciplinar para a crise da culpabilidade*. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 165.

37. BATISTA, Nilo. Cem anos de reprovação. In: NASCIMENTO, André (Org.). *Cem anos de reprovação: uma contribuição transdisciplinar para a crise da culpabilidade*. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 169.

2.40. Em obra de referência no direito brasileiro sobre a aplicação da pena, Tatiana Stoco retrata essa história da “censura pessoal como censura ao mundo interior”, que segundo a autora, remonta ao início do século XIX,³⁸ e, na análise de decisões condenatórias recentes, Tatiana Stoco percebe na citada censura “resquícios de um conceito de culpabilidade referido à *moralidade*” (grifo da autora).³⁹

A proposta teórica de Tatiana Stoco para enfrentar as permanências desse direito penal do autor consiste em adotar “uma posição clara quanto ao sentido de culpabilidade *pelo fato*” (grifo da autora),⁴⁰ cuidando o “Estado de defender a ordem externa”,⁴¹ porém eximindo-se de “tutelar moralmente os indivíduos”.⁴²

2.41. As mencionadas análises – Nilo Batista, Tatiana Stoco – são coerentes com aquela deduzida linhas atrás, que identifica na remissão às circunstâncias pessoais desatreladas da realização do injusto penal um esforço ilegítimo de compensação punitiva.

2.42. Em favor de ambas as teses pela inconstitucionalidade da decisão de fixação da pena no caso concreto há, ainda, o fato de que a segurança e certeza jurídicas em harmonia com a Constituição devem ser aquelas que concorrem para interpretação/aplicação da Constituição que estabeleça que ambas as categorias – e mesmo a “precisão” referida por Ana Messuti – sejam, em realidade, elementos do direito do condenado em limitar o exercício do poder punitivo.

2.43. Com efeito, cuida-se de direito subjetivo.

Nessa linha as condições pessoais – estado da pessoa –, não podem justificar tratamento desigual em tema de liberdade.

Não se trata de tomar o referido princípio a partir do senso comum, para conferir interpretação reducionista, conforme o axioma tratar os iguais igualmente e tratar desigualmente os desiguais, cláusula vazada em termos tão genéricos que pode abrigar qualquer significado, até aqueles frontalmente contrários ao ideário político do constitucionalismo contemporâneo.

38. STOCO, Tatiana. *Culpabilidade e medida da pena*: uma contribuição à teoria de aplicação da pena proporcional ao fato. São Paulo: Marcial Pons, 2019. p. 58.

39. STOCO, Tatiana. *Culpabilidade e medida da pena*: uma contribuição à teoria de aplicação da pena proporcional ao fato. São Paulo: Marcial Pons, 2019. p. 59.

40. STOCO, Tatiana. *Culpabilidade e medida da pena*: uma contribuição à teoria de aplicação da pena proporcional ao fato. São Paulo: Marcial Pons, 2019. p. 61.

41. STOCO, Tatiana. *Culpabilidade e medida da pena*: uma contribuição à teoria de aplicação da pena proporcional ao fato. São Paulo: Marcial Pons, 2019. p. 66.

42. STOCO, Tatiana. *Culpabilidade e medida da pena*: uma contribuição à teoria de aplicação da pena proporcional ao fato. São Paulo: Marcial Pons, 2019. p. 67.

2.44. Assim é que, de acordo com a perspectiva penal, que é a que interessa ao caso, e sob o enfoque das técnicas de garantia dos direitos fundamentais, a *igualdade* considera a posição da pessoa humana no sistema político e a sua primazia axiológica: as pessoas como *valor*, tomando-se em conta as suas variadas identidades e a pluralidade de pontos de vista expressados por elas, segundo Luigi Ferrajoli.⁴³

Nesse contexto, salienta o mestre peninsular, a pluralidade de pontos de vista gerados pelas variadas identidades das pessoas requisita a *tolerância* como princípio, que deve ser compreendida como atribuição de idêntico valor a cada pessoa, dispositivo essencial para assegurar os direitos fundamentais, evitar discriminações e privilégios e cooperar para o pleno desenvolvimento da dignidade da pessoa humana.

Isto é, os direitos fundamentais são o *fundamento*, pressuposto básico, do estado de direito e se colocam em oposição aos poderes absolutos e arbitrários, que têm por escopo, justamente, *desigualar*, tal seja, imprimir tratamento diferenciado ao caso concreto a partir de diferenças pessoais consideradas intoleráveis pelo prisma do poder.⁴⁴

2.45. A questão do *fundamento* é central para a técnica jurídica da garantia da *igualdade*. A identificação do fundamento, por sua vez, reclama a adoção de critérios a partir da comparabilidade, baseada em um *ponto de referência* (*tertius comparationis*) que seja o conceito supraordenado comum.

Sob esse conceito supraordenado comum, lecionam Bodo Pieroth e Bernhard Schlink, “caem as diferentes pessoas, grupos de pessoas ou situações tratadas de maneira juridicamente diferente”, em virtude do qual seria possível reconhecer a “razão para a preferência”, isto é, para que essas pessoas, grupos ou situações sejam tratadas diferentemente.⁴⁵

De outro modo, o *essencialmente igual* acaba sendo tratado de uma maneira *arbitrariamente desigual*.

O Tribunal Constitucional Federal alemão estipulou que entre os critérios para se considerar justificada, jurídico-constitucionalmente, a desigualdade de

43. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón*: Teoría del garantismo penal. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez e otros. 5. ed. Madrid: Trotta, 2001. p. 906.

44. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón*: Teoría del garantismo penal. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez e otros. 5. ed. Madrid: Trotta, 2001. p. 906.

45. PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos Fundamentais*: Direito Estadual II. Trad. António Francisco de Sousa e António Franco. Lisboa: Lusíada, 2008. p. 134.

tratamento, a mais elevada intensidade da desigualdade, marco proibitivo da produção de efeitos jurídicos, há de levar em conta a hipótese em que o tratamento desigual *dificulte o exercício das liberdades protegidas jurídico-fundamentalmente*.⁴⁶

Postular tratamento mais gravoso na aplicação da pena em razão de condições pessoais, quaisquer que sejam elas, condições que não influenciaram na realização do injusto penal, não encontra *fundamento*, revela propensão ao abuso de situação jurídica e confronta o direito fundamental à liberdade, de que o condenado é titular.

2.46. O foco do parecer é o caso concreto.

Já se viu que a *régua* empregada na sentença para fixar a pena – condições pessoais do condenado desligadas da prática concreta do injusto penal – viola a Constituição quer no tocante à individualização da pena, que não pode pretender ser compensatória da sensação de impunidade do magistrado relativamente à espécie de delito, quer porque exerce censura moral sobre a orientação imprimeida pelo condenado à sua própria vida, igualmente sem relação com o referido injusto.

2.47. As decisões proferidas no caso não assumiram, ao menos de forma expressa, um compromisso com o futuro. Ao contrário, as decisões colocaram-se favoravelmente à ideia de retribuição e abdicaram de prognosticar algum propósito de (res)socialização do condenado.

Assim é que o Acórdão da apelação francamente admite “o caráter retributivo da sanção” a que confere destaque.⁴⁷

2.48. Ao abdicar de uma direção da execução da pena voltada ao futuro, a decisão condenatória reafirmada em segundo grau limita a temática do presente estudo. Não se tratará aqui da tormentosa questão da probabilidade de eventos futuros e da expectativa de comportamento do condenado na execução penal, matéria teoricamente abordada com maestria por Juarez Tavares.⁴⁸

2.49. Ao caminhar pelos trilhos da retribuição, sem prejuízo da flagrante contravenção ao disposto no artigo 1º da LEP, já referido, o Acórdão delimitou a discussão em torno da categoria da “proporcionalidade”, igualmente mencionada

46. PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos Fundamentais: Direito Estadual II*. Trad. Antônio Francisco de Sousa e Antônio Franco. Lisboa: Lusíada, 2008. p. 136.

47. Processo Y. Apelação Criminal. Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Acórdão. Apelante(s): A. e outro(s). j. 08.08.2017. fls. 2630-2631.

48. TAVARES, Juarez. *Crime: crença e realidade*. Rio de Janeiro: Da Vinci Livros, 2021. p. 95.

neste parecer, quer por sua evocação na obra de Marat, quer pelo destaque parcial que lhe conferem Nilo Batista, Tatiana Stoco e também o próprio Juarez Tavares.⁴⁹

Antes de esclarecer em que termos a “proporcionalidade” será objeto de análise, vale sublinhar, no tocante à legalidade, que o fato de a decisão colegiada do Tribunal de Justiça ter abandonado qualquer propósito de ressocialização – ou, na posição defendida neste parecer, o propósito de evitar a dessocialização do condenado – comprova a advertência de Marco Alexandre de Souza Serra.

Com efeito, sustenta o autor que o “princípio da legalidade tem se manifestado menos como um princípio real de funcionamento do que como uma instância ideológica de legitimação. Pois na realidade tal princípio não corresponde, senão parcialmente, ao funcionamento concreto do sistema penal.”⁵⁰

2.50. É o caso. Bastaria aplicar o art. 1º da LEP para evitar a contradição entre uma pena de prisão de curta duração e seus efeitos estritamente dessocializadores, impondo-se sua substituição por penas alternativas e o ajustamento do eventual regime inicial para o aberto, na forma dos artigos 33, § 2º, alínea c,⁵¹ e 36 do CP.⁵²

2.51. Acerca dos efeitos de dessocialização da pena de prisão, há pouco a dizer que não seja de conhecimento geral.

49. TAVARES, Juarez. *Crime: crença e realidade*. Rio de Janeiro: Da Vinci Livros, 2021. p. 96.

50. SERRA, Marco Alexandre de Souza. *Economia política da pena*. Rio de Janeiro: Revan, 2009. p. 268.

51. Art. 33, CP. A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado. (Redação dada pela Lei 7.209, de 11.7.1984) [...] § 2º – As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso: (Redação dada pela Lei 7.209, de 11.7.1984) [...] c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.

52. Art. 36, CP. O regime aberto baseia-se na autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado. (Redação dada pela Lei 7.209, de 11.7.1984) § 1º – O condenado deverá, fora do estabelecimento e sem vigilância, trabalhar, freqüentar curso ou exercer outra atividade autorizada, permanecendo recolhido durante o período noturno e nos dias de folga. (Redação dada pela Lei 7.209, de 11.7.1984) § 2º – O condenado será transferido do regime aberto, se praticar fato definido como crime doloso, se frustrar os fins da execução ou se, podendo, não pagar a multa cumulativamente aplicada. (Redação dada pela Lei 7.209, de 11.7.1984)

A situação real do sistema penitenciário brasileiro que já estava comprometida quando ainda ostentávamos a quarta maior população aprisionada do planeta, por certo não melhorou ao assumirmos agora a terceira posição, com viés de alta, conforme dados do INFOPEN.⁵³

Os relatórios de organismos internacionais seguem sendo produzidos e divulgados, com a notícia de torturas e mortes nos Presídios de todo o País.

Assim, se em 2015 vistorias do enviado especial da Comissão de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas estavam a denunciar a prática de tortura nas prisões brasileiras, o quadro piorou sensivelmente depois e seguiu agravando-se, distante o governo brasileiro sequer de se aproximar das metas de garantir o encarceramento digno a quem quer que seja.⁵⁴

O documento de janeiro de 2017 fala por si, convindo ressaltar:

“Outro aspecto importante ressaltado é que a impunidade em casos de tortura por agentes públicos no Brasil continua sendo a regra, e não a exceção, o que contribui para que se crie um clima de impunidade que alimenta a continuação de violações de direitos humanos.

[...]

OSPT [Subcomitê sobre a Prevenção da Tortura] constatou que a superlotação endêmica, as condições chocantes de detenção, os problemas de assistência médica aos presos, a falta de acesso à educação, a violência generalizada entre detentos e a falta de supervisão adequada dos presos (o que leva à impunidade) são alguns dos problemas principais ainda não resolvidos pelo Brasil para enfrentar a crise prisional e combater a tortura nos presídios.

Em suas visitas a diferentes delegacias, prisões, centros de detenção provisória, instalações para adolescentes e hospitais penitenciários, o Subcomitê encontrou uma atmosfera geral de intimidação e repressão.

Relatos de detentos sujeitando outros detentos à tortura e facções criminosas com significativo controle de certos presídios são frequentes, segundo esses especialistas internacionais. O SPT e o relator especial receberam relatos de

53. INFOPEN. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias*: período de julho a dezembro de 2019. Atualizado em 25 de junho de 2020. Disponível em: [http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/infopen]. Acesso em: 22.01.2022.

54. INCALCATERRA, Amerigo. ONU: impunidade por tortura nas prisões é regra no Brasil. Entrevista com Amerigo Incalcatterra, representante do Alto Comissariado da ONU para os Direitos Humanos. *Exame*, 23.01.2017. Disponível em: [https://exame.abril.com.br/brasil/onu-impunidade-por-tortura-nas-prisoas-e-regra-no-brasil/]. Acesso em: 19.12.2017.

prática de tortura e tratamento degradante e cruel durante apreensões e em presídios que envolvem o uso de choques elétricos, balas de borracha, sufocamento, espancamento com barras de ferro e palmatória, técnicas conhecidas como telefone – que consiste em dar golpes na orelha da vítima – e o pau de arara. Segundo ressaltou o relator especial, o objetivo desses atos seria obter uma confissão, pagamento de suborno, ou uma forma de castigo ou intimidação.”⁵⁵

2.52. Não é de estranhar que em um clima de encarceramento massivo a violência prisional prospere. Afinal, os dados do próprio sistema, conforme relatório do INFOPEN, apontam para uma “taxa de ocupação” correspondente a 170,74%.⁵⁶ Em suma, há quase um preso a mais por cada encarcerado.

O Relatório da Anistia Internacional é ainda mais incisivo.

Muito embora pelo ângulo da assunção de suas responsabilidades, tradicionalmente o governo brasileiro prometa “melhoras que estejam em condições de transformar o sistema prisional medieval”, penso que também é conveniente recordar a mitologia autoritária referida por Rubens Casara,⁵⁷ para ter claro que é parcela do Poder Judiciário que, ao encarcerar massiva e desnecessariamente e não reprimir a tortura e os homicídios cometidos nas prisões por agentes do Estado, está a enviar ao público em geral que ele, Poder Judiciário, por muitas das suas práticas, forma parte das “causas contrariantes à mudança prisional”.

Quando se cogita de um setor significativo do Estado e da sociedade, como é o caso da Justiça Criminal, independentemente da inclinação inquisitória do modelo vigente e de sua recriminação por toda uma geração de juristas com formação e profissão de fé no Estado de Direito, as forças de resistência à mudança estão presentes e atuam em todos os âmbitos, o que leva a crer que mudanças institucionais “ocorrem durante períodos de tempo mais longos”, como adverte Wolfgang Streeck,⁵⁸ confrontando-se com “causas contrariantes que as desaceleram”.

55. INCALCATERRA, Amerigo. ONU: impunidade por tortura nas prisões é regra no Brasil. Entrevista com Amerigo Incalcaterra, representante do Alto Comissariado da ONU para os Direitos Humanos. *Exame*, 23.01.2017. Disponível em: [https://exame.abril.com.br/brasil/onu-impunidade-por-tortura-nas-prisoas-e-regra-no-brasil/]. Acesso em: 19.12.2017.

56. INFOPEN. Taxa de aprisionamento e déficit de vagas por ano. INFOPEN. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias*: período de julho a dezembro de 2019. Atualizado em 25 de junho de 2020. Disponível em: [http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/infopen]. Acesso em: 22.01.2022.

57. CASARA, Rubens R. R. *Mitologia processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2015.

58. STREECK, Wolfgang. *Tempo Comprado: a crise adiada do capitalismo democrático*. Trad. Marian Toldy e Teresa Toldy. Lisboa: Conjuntura Actual Editora, 2013. p. 16-18.

2.53. O encarceramento por curto período é uma dessas causas contrariantes à mudança do sistema prisional.

Por esse ângulo, das causas que desaceleram as mudanças institucionais favoráveis aos direitos humanos no Sistema Prisional, poucos exemplos são mais eloquentes do que o da impunidade dos policiais militares de São Paulo pelo extermínio de 111 presos em Carandiru, fatos que conferiram à unidade prisional merecida (má) reputação ao nível internacional, como destaca o Relatório 2016/17 da Anistia.⁵⁹

A constante desatualização de dados prisionais milita em desfavor de uma política pública antropologicamente amiga.

Com efeito, César Muñoz sublinhará que a espantosa proporção de “presos provisórios”, 40% da população carcerária total, segundo a estatística oficial recém-divulgada, definha indefinidamente, carentes esses presos de um regime jurídico-processual que estabeleça de forma cogente prazos máximos para o aprisionamento provisório.⁶⁰

À distância, é improvável que um observador sequer acredite no alto grau de deterioração e violência do sistema penal – deterioração que aflige a quase totalidade das unidades indistintamente, isto é, em todo território nacional – e menos ainda que os homicídios dentro das cadeias sejam praticados às dezenas, em ações dos grupos criminosos que, de dentro dos cárceres, são os verdadeiros controladores e gestores de várias das prisões brasileiras.

Por isso, o grau de confiança de que gozam internacionalmente as organizações de direitos humanos dedicadas a examinar *in loco* as condições carcerárias funcionam como referência em termos de informações fiáveis.

2.54. O Escritório do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos (ACNUDH) tem buscado perante as autoridades brasileiras definir protocolos de investigação das responsabilidades dos que causaram a morte de 60 pessoas privadas de liberdade durante rebeliões ocorridas em unidades prisionais de Manaus (Amazonas), no Brasil, para ficar em outro exemplo dessa triste reputação internacional.⁶¹

59. AMNISTÍA INTERNACIONAL. Brasil 2016-2017. *Informe 2016/17 Amnistía Internacional*. La situación de los derechos humanos en el mundo. Disponível em: [https://www.amnesty.org/en/countries/americas/brazil/report-brazil/]. Acesso em: 19.12.2017.

60. MUÑOZ, César. As condições prisionais pioram no Brasil. *Human Rights Watch*. 08.12.2017. Disponível em: [https://www.hrw.org/pt/news/2017/12/08/312429]. Acesso em: 19.12.2017.

61. ACNUDH (Escritório Regional para América do Sul do Alto Comissário das Nações Unidas para os Direitos Humanos). *Brasil: ONU-Direitos Humanos cobra medidas*

A situação caótica do sistema prisional tem demandado ações em nível internacional, na busca por sensibilizar as autoridades brasileiras de todos os setores da administração pública – Executivo, Legislativo e Judiciário – quanto à necessidade de interromper o processo de encarceramento em massa e melhorar de modo significativo as condições de execução das medidas de privação da liberdade.

Entre as iniciativas fundadas no Protocolo Opcional para a Convenção Contra a Tortura e outros Meios Cruéis e Degradantes, em seguida às vistorias realizadas por observadores internacionais,⁶² estão as ações no âmbito do sistema regional de direitos humanos.

2.55. Não há como concluir este tópico sem mencionar, a título de fecho, a opinião de Juarez Tavares, autor do parecer que subsidiou a ação no STF, que reconheceu o Estado de Coisas Inconstitucional das unidades de aprisionamento.

Afirmou Juarez Tavares:

“Já no que se refere às teorias da prevenção especial positiva, foco principal da discussão, impõe-se concluir – tendo em vista os dados apresentados anteriormente – que o sistema prisional brasileiro não apresenta as condições mínimas para a realização do projeto técnico-corretivo de ressocialização, reeducação ou reinserção social do sentenciado.”⁶³

[...]

Isso posto, quanto à segunda indagação feita pelo consulente, concluo que o encarceramento no Brasil, levando em conta a sua atual configuração, contribui – ao contrário do que se apregoa manifestamente – para o aumento da prática delitiva e, por sua vez, impacta negativamente na segurança pública.⁶⁴

contra violência em presídios após rebelião em Manaus. 04.01.2017. Disponível em: [http://acnudh.org/pt-br/brasil-onu-direitos-humanos-cobra-medidas-contra-violencia-em-presidios-apos-rebeliao-em-manaus/]. Acesso em: 19.12.2017.

62. UNITED NATIONS. *Optional Protocol to the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*. Visit to Brazil undertaken from 19 to 30 October 2015: observations and recommendations addressed to the State party. Disponível em: [http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2FPPRiCAqhKb7yhsqvDz3SQy0TX%2F2ipA5CN39ga3g0pUa9A8tPel9Tu7aPZ%2BQG9TYikL%2FUxDFbQLw1cHpAMYWohyyjdes45lKe2%2F2fzSSGcWiTpOkZXB-ddofOL]. Acesso em: 19.12.2017.
63. TAVARES, Juarez. A situação carcerária no Brasil. In: TAVARES, Juarez; PRADO, Geraldo. *O direito penal e o processo penal no Estado de Direito: análise de casos*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016 (Capítulo 5). p. 239.
64. TAVARES, Juarez. A situação carcerária no Brasil. In: TAVARES, Juarez; PRADO, Geraldo. *O direito penal e o processo penal no Estado de Direito: análise de casos*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016 (Capítulo 5). p. 245.

[...]

[Conclusões:]

c. O sistema carcerário nacional, além de não possuir as condições mínimas para a concretização do projeto corretivo previsto nas normas nacionais e internacionais, apresenta uma eficácia invertida, isto é, atua de forma deformadora e estigmatizante sobre o condenado.”⁶⁵

2.56. Assentado o caráter dessocializador do encarceramento, cabe examinar a coerência interna de decisão de fixação da sanção penal e verificar se a recusa na substituição da pena de prisão de curta duração é desproporcional à punição concretizada.

A interessante discussão sobre a responsabilidade criminal definida a partir da ideia de proporcionalidade ultrapassa os limites do presente estudo.

Uma determinada pena foi aplicada. 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de detenção. Arbitrou-se regime de sua execução mais rigoroso que o contemplado em lei, fixando-se o semiaberto. Não foi deferida a substituição da prisão por penas restritivas de direitos. O condenado é primário e o crime não foi cometido mediante violência ou grave ameaça à pessoa, circunstâncias legais que impediriam a substituição.

2.57. Não se vai aqui percorrer os caminhos sinuosos da doutrina penal, que ora não se detém diante da aparente impossibilidade de estabelecer relação – a proporcionalidade requisita uma determinada *relação* entre elementos – entre situações que não são assemelhadas, ora não avança diante da impossibilidade de se reduzir quantitativamente um fato que não se presta a essa redução, como leciona Juarez Tavares.⁶⁶

65. TAVARES, Juarez. A situação carcerária no Brasil. In: TAVARES, Juarez; PRADO, Geraldo. *O direito penal e o processo penal no Estado de Direito: análise de casos*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016 (Capítulo 5). p. 258.

66. TAVARES, Juarez. *Crime: crença e realidade*. Rio de Janeiro: Da Vinci Livros, 2021. p. 96. Releva aqui também destacar, como exceção ao enfrentamento das dificuldades teóricas a respeito dos critérios para a aplicação da pena, a análise levada a cabo por Salo de Carvalho, que parte da diferenciação entre os modelos jurídicos dos países de tradição romano-germânica e anglo-saxônicos, com ênfase nos movimentos racionalizadores que em tese caracterizam os primeiros (CARVALHO, Salo. Critérios para cálculo da pena-base: ponto de partida, termo médio e regras de quantificação. In: BEDÊ JÚNIOR, Américo; CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós (Coord.). *Sentença criminal e aplicação da pena: ensaios sobre discricionariedade, individualização e proporcionalidade*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2021. p. 607).

2.58. Sabemos que os norte-americanos tiveram que enfrentar esse problema nas últimas décadas, confrontados com a imensa discricionariedade nas punições a afetar a já capenga racionalidade de seu sistema de justiça, recordista de prisões.

2.59. A propósito das agruras com que historicamente se deparam os juristas norte-americanos, vale citar trecho da obra que, editada em 1973, veio a inspirar a profunda reforma no sistema de penas daquele país.

Assim é que no ainda mais longínquo 1973, antes de Aníbal Bruno, Marvin E. Frankel disparou:

“Para reiterar isso por repetição, meu primeiro ponto básico é o seguinte: os poderes quase totalmente descontrolados e abrangentes que damos aos juízes na elaboração de sentenças são aterrorizantes e intoleráveis para uma sociedade que professa devoção ao Estado de Direito.”⁶⁷

2.60. Em 1968, no alvorecer do movimento *Law and Order*, pelo visto tão ao gosto de parte dos juristas práticos nativos, Herbert L. Packer referia-se à necessidade de estabelecer limites ao poder discricionário na apenação, mas, em realidade, como sublinhado, esses limites, apoiados em uma concepção moralizante, eram mais limites na base e menos no teto da punição.

Em antecipação aos delírios punitivos de nossos contemporâneos Herbert Packer sustentava:

“As punições devem ser individualizadas, mas dentro de limites, limites que têm a ver tanto com a necessidade de dissuasão quanto com julgamentos sobre moralidade comparativa, bem como com as dificuldades relativas de prever comportamento futuro.”⁶⁸

[...]

“O legislador não pode cominar quantos anos, meses e dias cada pessoa condenada pela prática de cada delito deve passar na prisão. Ele pode saber apenas

67. Tradução livre. No original: “To underscore it by repetition, my first basic point is this: the almost wholly unchecked and sweeping powers we give to the judges in the fashioning of sentences are terrifying and intolerable for a society that professes devotion to the rule of law” (FRANKEL, Marvin E. *Criminal sentences: Law without Order*. New York: Hill and Wang, 1973 [first printing]. p. 5).

68. Tradução livre. No original: “Punishments must be individualized but within limits, limits having to do both with the need for deterrence and with judgements about comparative morality, as well with the relative difficulties of predicting future behavior” (PACKER, Herbert L. *The limits of the criminal sanction*. Stanford: Stanford University Press, 1968 [original printing]. p. 140).

sobre delitos, não sobre infratores. O juiz que fixa a pena do infrator sabe de ambos, mas não está na melhor posição para determinar quantos anos, meses e dias o infrator individual deve cumprir. Ele só pode prever como o infrator provavelmente responderá à punição; o que realmente vai acontecer com o infrator, que mudanças de personalidade ele pode ou não sofrer, são coisas que jazem no futuro.”⁶⁹

[...]

“Esta proliferação excede em muito a capacidade do legislador de fazer discriminações racionais de seriedade, por qualquer critério. O Código Penal Modelo [*Model Penal Code*] propôs que para infrações penais que exigem prisão por mais de um ano (crimes [*felonies*]) deveria haver apenas três categorias legislativas, com penas máximas de cinco anos, dez anos e prisão perpétua.”⁷⁰

2.61. Políticas e propostas tão antagônicas, sem dúvida, contribuíram para desorganizar o sistema de penas ou passar uma imagem, efetivamente correta, de um sistema sem critérios.

Não se deve, no entanto, tomar a tormentosa prática penal norte-americana em consideração, no campo da punição, sem levar em conta o papel que o *plea bargaining* passou a cumprir nesta tradição.

2.62. Conferir algum equilíbrio ao regime de penas era fundamental para viabilizar os negócios penais em contexto de ao menos relativo *fair trial*.

Com efeito, desde a entrada em vigor das *U. S. Sentencing Guidelines*, em 1987, o regime jurídico de aplicação de pena em âmbito federal, nos Estados Unidos da América, derivou para um modelo que impactou positivamente o Sistema de Justiça Penal naquele país ao tornar previsíveis as respostas penais em cada caso.

69. Tradução livre. No original: “The legislature cannot prescribe how many years, months, and days each person convicted of each offense should spend in prison. It can know only about offenses, not about offenders. The judge who sentences the offender knows about both, but he is not in the best position to determine how many years, months, and days the individual offender should serve. He can only predict how the offender is likely to respond to punishment; what will actually happen to the offender, what changes of personality he may or may not undergo, are things that lie in the future” (PACKER, Herbert L. *The limits of the criminal sanction*. Stanford: Stanford University Press, 1968 [original printing]. p. 141).

70. Tradução livre. No original: “This proliferation far exceeds the capacity of the legislature to make rational discriminations of seriousness, by whatever criteria. The Model Penal Code has proposed that for offenses requiring imprisonment for more than a year (felonies) there should be only three legislative categories, carrying maxima of five years, ten years, and life imprisonment” (PACKER, Herbert L. *The limits of the criminal sanction*. Stanford: Stanford University Press, 1968 [original printing]. p. 141-142).

Evidentemente, dado o protagonismo do *plea bargaining* na solução dos casos penais, também nesse campo a previsibilidade das sanções surtiu efeitos positivos. Salienta Diego Zysman Quirós que as partes não trabalham mais “na obscuridade”, sabem com perfeição o que estão negociando, e os juízes têm clareza para se posicionar quanto à razoabilidade dos acordos, cuja proposta depende da prévia demonstração, pela acusação, de que há *sufficient factual basis*.

De toda maneira, fica claro o que é negociável (a imputação ou a pena) e em que limites (legalidade no contexto da reserva legal). Conforme Diego Zysman Quirós:

“Los fiscales poseen amplia discreción para iniciar y conducir los casos penales y ello incluye la posibilidad de negociar los cargos y las penas a imponer con el imputado. De esta forma, el *plea bargaining* se convierte en un proceso de negociación que garantiza ciertas concesiones al imputado si éste asume su culpabilidad. Ello puede llevar a una reducción en los cargos (*charge bargain*), una recomendación al tribunal de una pena en concreto (*sentence bargain*) o una combinación de ambas.”⁷¹

2.63. O pragmatismo inspirador de soluções visando a otimização do modelo penal negocial serviu, ainda, ao propósito de conferir um mínimo de racionalidade ao que era quase judicialmente intuitivo ou emocional.

Convém ressaltar que, nesse contexto, a proporcionalidade é tratada como técnica que pondera as lesões próprias de cada tipo de injusto penal na relação com outros tipos de injusto ou, nas palavras de Andreas von Hirsch:

“A proporcionalidade na teoria da fixação da pena não se preocupa com essa relação prospectiva entre os meios e os fins, mas opera de forma retrospectiva. Ela se refere à relação entre a severidade da punição a ser imposta e a gravidade da infração por cuja prática o réu é condenado.”⁷²

71. QUIRÓS, Diego Zysman. *Castigo y determinación de la pena en los Estados Unidos: un estudio sobre las United States Sentencing Guidelines*. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 153-154.

72. Tradução livre. No original: “Proportionality in sentencing theory is concerned not with such a prospective means-ends relationship, but operates instead *retrospectively*. It concerns the relationship between the severity of the punishment to be imposed, and the gravity of the offence for which the defendant stands convicted” (HIRSCH, Andreas von. *Deserved Criminal Sentences: An Overview*. Oxford, Portland, Oregon: Hart Publishing, 2019. p. 21).

2.64. Mesmo considerando que uma relação entre tipos de injusto penal não configura critério inteiramente satisfatório para cominar as penas para os diversos injustos penais e, comparativamente entre eles, viabilizar a classificação em grupos de crimes, conforme a gravidade, dada a mencionada incomensurabilidade do objeto, a proposta teórica de Andreas von Hirsch sugere regras interessantes, sobre as quais convém refletir.

Pensando em um âmbito de limitação e justificação do exercício do poder de punir estas propostas merecem ser consideradas. Assinala o autor:

“O modelo Wasik-von Hirsch compreende os seguintes elementos:

– As sanções não privativas de liberdade devem ser classificadas em ‘severidade’ de acordo com a gravidade dos crimes praticados pelo autor do fato. Sanções ‘intermediárias’ – isto é, sanções não privativas de liberdade do espectro médio de severidade – devem ser aplicadas apenas para crimes de gravidade média, e não para crimes menos graves.

– A substituição seria permitida entre sanções de grau comparável de gravidade, mas com limitações baseadas em políticas (discutidas abaixo) sobre a extensão que essa substituição pode ter.

– Haveria restrições significativas sobre a severidade das sanções de reserva [*back-up sanctions*] que podem ser usadas contra infratores que violarem as condições da imposição de uma sanção não privativa de liberdade.

Tal esquema tem uma série de vantagens. Primeiro, ele é capaz de restringir o uso do encarceramento. O encarceramento, como sanção severa, seria reservado para crimes que estariam no espectro de maior gravidade. As infrações de gravidade intermediária e as menos graves deveriam, de modo geral, ser punidas com penas não privativas de liberdade.”⁷³

73. Tradução livre. No original: “The Wasik-von Hirsch model embodies the following elements: – Non-custodial sanctions are to be graded in severity according to the seriousness of the offender’s crimes. ‘Intermediate’ sanctions—that is, non-custodial sanctions of the middle range of severity—should thus be employed only for crimes of medium seriousness, and not for lesser crimes. – Substitution would be permitted among sanctions of comparable degrees of onerousness, but with policy-based limitations (discussed below) on how extensive that substitution may be. – There would be significant restrictions on the severity of the back-up sanctions that may be used against offenders who violate the conditions of a non-custodial sentence. Such a scheme has a number of advantages. First, it is capable of restricting the use of imprisonment. Imprisonment, as a severe sanction, would be reserved for crimes of higher ranges of gravity. Offences of intermediate and lesser seriousness should generally draw noncustodial penalties” (HIRSCH, Andreas von. *Deserved Criminal Sentences: An Overview*. Oxford, Portland, Oregon: Hart Publishing, 2019. p. 87-88).

2.65. Observa-se, de plano, um propósito convergente com o da reforma penal brasileira de 1998, tal seja, configurar um estatuto de penas leves e médias regido pelo princípio básico da recusa à imposição da pena de prisão de curta duração.

2.66. Por esse ângulo, parece estar claro que a orientação constitucional brasileira, no que concerne à aplicação da pena, é a de que a legalidade limita o exercício do poder punitivo.

O artigo 44 do CP cumpre essa função, concretizando o mandamento constitucional da individualização da pena por meio da imposição de barreiras àquela dotada do caráter de irreversibilidade: a pena de prisão.

2.67. O encarceramento é irreversível. A pena de multa adimplida pode ser restituída à pessoa na hipótese de revisão absolutória da condenação. O mesmo ocorre com as demais penas pecuniárias.

Mesmo a irreversibilidade da pena de prestação de serviços à comunidade pode ser razoavelmente compensada via reparação por perdas e danos.

A pena de prisão, no entanto, não comporta compensação. Ainda que a Constituição assegure a indenização daquele condenado por erro judiciário,⁷⁴ não há relação possível de se estabelecer entre dias, meses e anos de encarceramento ilegal e valores econômicos, revelando a arbitrariedade dos critérios o caráter indesejável da punição privativa da liberdade.

2.68. É interessante que, em geral, a doutrina penal dedicada à aplicação da pena raramente dê atenção aos “falsos positivos”, partindo sempre da premissa de que o definitivamente condenado é de fato o sujeito penalmente responsável.

O problema dos falsos positivos, mesmo à vista dos casos hoje quase diários de anulações baseadas em provas científicas, parece não mobilizar os juristas a ponto de os levar a considerar esse fator com elemento adicional, sério e grave, a funcionar como critério impeditivo da aplicação de penas de prisão de curta duração que podem ser substituídas por outras medidas penais.

2.69. Gabriel Ignácio Anitua chama atenção para investigações desenvolvidas nos Estados Unidos da América a partir de 1982, sugestivamente a pedido de empresa – *Rand Corporation* –, sobre estratégias de neutralização de hipotéticos

74. Art. 5º, CR. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] LXXV – o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença.

criminosos habituais, que apontaram significativos números de “falsos positivos” (4% em uma estimativa; 30% em outra).⁷⁵

Patamares elevados de “falsos positivos”, em especial em contextos de julgamentos criminais superficiais e acelerados, recomendam evitar penas de prisão. Aliás, Gabriel Anitua assevera com toda razão que “[é] verdade que o problema político e em última instância moral não se circunscreve a esses falsos positivos e se são muitos ou poucos. Um só caso seria insuportável para tal sistema democrático.”⁷⁶

2.70. Esse conjunto de fatores pesa decisivamente para estabelecer alguns princípios, relativamente às penas de curta duração: a) para evitar o dano irreversível causado pela possibilidade de “falso positivo”, a pena de prisão *substituível* em tese por restritiva de direitos deve ser preferencialmente substituída. Para isso, há de se considerar, em primeiro lugar, a quantidade de pena, porque esse é o critério principal definido pelo legislador; b) a pena aplicada deve evitar dessocializar o condenado. Se da análise das condições pessoais do condenado puder ser aferido que este ou esta encontra-se integrado à sociedade, a pena curta não deve proporcionar sua dessocialização.

2.71. Os princípios anteriormente mencionados derivam diretamente das regras constitucionais que, na individualização da pena, preconizam a limitação do exercício do poder punitivo, e, quanto ao direito à indenização por erro judiciário, proscrevem danos irreversíveis ao sujeito.

A natureza constitucional desses princípios orienta a interpretação do próprio princípio da legalidade das penas,⁷⁷ no sentido de estabelecer: a) que somente a expressa vedação legal à substituição, como é o caso dos incisos I e II do art. 44 do CP,⁷⁸ pode interditar, em caráter cogente, a conversão da pena de prisão

75. ANITUA, Gabriel Ignacio. *Castigo, cárceles y controles*. Buenos Aires: Ediciones Didot, 2011. p. 106-107.

76. ANITUA, Gabriel Ignacio. *Castigo, cárceles y controles*. Buenos Aires: Ediciones Didot, 2011. p. 108.

77. Art. 5º, CR. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXXIX – não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.

78. Art. 44, CP. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: (Redação dada pela Lei 9.714, de 1998) I – aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou

em outra medida; b) a interpretação de termos e expressões abertos ou ambíguos vedando a substituição deve ser restritiva, cumprindo ao juiz ou à juíza o ônus argumentativo de demonstrar que a não substituição não dessocializará o condenado (inciso III do art. 44 do CP).⁷⁹

As condições ou circunstâncias pessoais do condenado que não guardam relação com a prática do crime não podem ser consideradas para agravar a pena, mesmo dentro da escala penal do preceito sancionatório, sob pena de violar o direito constitucional da pessoa de livremente dirigir sua vida – autodeterminação, com a consequente separação dos planos da moral e do direito.

2.72. Nesse sentido, uma das possibilidades de operação do juízo de proporcionalidade, no processo de fixação da pena, ocorre em âmbito interno, na análise da relação estabelecida entre a pena eleita, seu regime inicial e a possibilidade de substituição.

2.73. Exercitar o juízo de proporcionalidade nessa esfera limitada é possível, necessário e obrigatório e constitui matéria de ordem pública, dada a natureza cogente dos mandamentos constitucionais incidentes na espécie.

Enquanto não transitada em julgado a condenação, o tribunal ao qual couber processar e julgar o recurso deve deliberar acerca do juízo de proporcionalidade, aferindo se a fundamentação decisória para a não substituição da pena curta de prisão por outra medida penal e a adequação ao regime inicial aberto atendem aos critérios de excepcionalidade mencionados.

O ponto de partida é negativo. Presume-se violadora da Constituição a decisão condenatória que impõe pena de prisão de curta duração e não a substitui, cumprindo ao sentenciante a demonstração cabal e motivada das causas que justificam a vedação à substituição e a conformidade da sua decisão aos critérios anteriormente mencionados.

2.74. A rigor, seria desnecessário pontuar que os elementos que caracterizam a infração penal não são, eles próprios, fatores a serem considerados para não permitir a substituição da pena curta de prisão, porque se trata de reserva de lei.

grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos; (Redação dada pela Lei 9.714, de 1998) II – o réu não for reincidente em crime doloso; (Redação dada pela Lei 9.714, de 1998)

79. Art. 44, CP. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: (Redação dada pela Lei 9.714, de 1998) [...] III – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente. (Redação dada pela Lei 9.714, de 1998)

Somente o legislador pode vedar, em caráter cogente, a substituição com base em elementos que definem o tipo de injusto penal, o que no caso está previsto no inciso I do art. 44 do CP.

Aliás, a menção no Acórdão à transcendência dos danos sofridos pela Petrobras tem a mesma natureza *compensatória* referida aos crimes em espécie que é violadora do direito constitucional à individualização da pena.

Não se substitui a pena, tampouco se abranda o regime, em compatibilidade com a exigência legal, não por causa do injusto penal concreto reprovado, e sim como compensação pelos danos causados à empresa, “que vem sofrendo vários prejuízos, com reflexos até na grave crise econômica que assola o país [...]” (?!).⁸⁰

O princípio constitucional da intranscendência da pena é violado às escâncaras.

2.75. No caso concreto, é flagrantemente desproporcional a fixação da responsabilidade penal do acusado em 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de detenção e a proibição da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Os motivos alegados na sentença confessam o propósito de dessocialização, em contrariedade ao preceito constitucional de individualização da pena e à regra da LEP que orienta a punição ao fim de integração social do condenado.

Vale observar que a decisão condenatória reconhece a primariedade de A. e sua condição de integrado à sociedade, aliás, como o faz o Acórdão condenatório, que igualmente de forma expressa admite a intenção de segregar e dessocializar o condenado.

2.76. Como matéria de ordem pública, o ajustamento da sanção penal conforme juízo de proporcionalidade, limitando o abuso repressivo consistente na aplicação da pena de prisão de curta duração e a caprichosa fixação de regime mais gravoso – semiaberto – deveria ter sido objeto de consideração judicial na decisão que estendeu a A. a redução de pena deferida a coacusado.

A análise da proporcionalidade da pena fixada na sentença ou acórdão não está sujeita à preclusão porque o excesso punitivo caracteriza abuso de poder.

Como em virtude da interposição de Agravo Regimental a decisão condenatória não transitou em julgado, caberá ao tribunal de ofício ou a requerimento do agravante eliminar o excesso punitivo, afastando a vedação e substituindo a pena de prisão de curta duração, sem prejuízo de decisão eventualmente ainda mais favorável ao acusado, nos limites da matéria submetida ao colegiado.

80. Processo Y. Apelação Criminal. Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Acórdão. Apelante(s): A. e outro(s). j. 08.08.2017. fls. 2630-2631.

Vale ressaltar que a decisão impugnada pelo Consulente (por A.) deixou de enfrentar o tema, malgrado tenha havido provocação.

Em vista do exposto, entendo que é possível passar à resposta aos quesitos.

3. QUESITO

O Consulente formula os seguintes quesitos:

1º: sobre a possibilidade de conhecimento das teses relativas ao cabimento do regime inicialmente aberto de cumprimento da pena e da substituição da pena corporal, em sede de Agravo Regimental, por se tratar de matéria de ordem pública, portanto cognoscível de ofício:

Resposta: Respondido no corpo do parecer. Trata-se de matéria de ordem pública, supraordenada à análise da individualização da pena fixada na condenação e à proibição do excesso.

2º: sobre a necessidade de que a redução da pena para dois anos e oito meses de prisão, feita em sede de AgR em REsp, enseje uma nova e fundamentada individualização da pena do acusado:

Resposta: Respondido no corpo do parecer. A modificação da pena fixada em sentença e acórdão, ao aprofundar a distância quantitativa do marco legal impeditivo da substituição da pena de prisão, exige fundamentação para a renovada recusa porque acentua o ônus argumentativo de explicitação da eventual exceção. A decisão impugnada não cumpriu com as exigências constitucionais.

3º: sobre o preenchimento de todos os requisitos legais – objetivos e subjetivos – no caso concreto para o acusado obter regime inicialmente aberto de cumprimento da pena e substituição da pena corporal por penas alternativas:

Resposta: Respondido no corpo do parecer. As circunstâncias invocadas na sentença e no Acórdão para não substituir a curta pena de prisão aplicada não guardam relação com o concreto injusto penal objeto da reprovação. Aquelas de natureza pessoal, mencionadas na sentença, inserem-se no legítimo âmbito de autodeterminação de A. e, portanto, não servem à interdição da substituição.

Ao revés, a primariedade, os antecedentes e o próprio *quantum* de punição apontam na direção da inconstitucional e indesejável dessocialização do condenado, na contramão dos fins definidos pelo art. 1º da LEP.

Convém concluir o estudo lembrando a advertência de Nilo Batista:

“Quando se habilita poder punitivo a partir de uma consideração moral sobre o sujeito, está-se, na verdade, penalizando o ser; está-se, na verdade, praticando

uma culpabilização de autor não muito diferente daquela baseada na perigosidade; está-se, na verdade, regressando à Inquisição.”⁸¹

Conclui Juarez Tavares que a “crença na pena se estende [...] também à sua dosimetria”.⁸² É imperativo evitar os efeitos humanamente desastrosos de se levar essa crença às mais absurdas consequências.

Ressalvado melhor entendimento, este é o parecer.

Rio de Janeiro, 16 de janeiro de 2022.

4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ACNUDH (Escritório Regional para América do Sul do Alto Comissário das Nações Unidas para os Direitos Humanos). *Brasil: ONU-Direitos Humanos cobra medidas contra violência em presídios após rebelião em Manaus*. 04.01.2017. Disponível em: [<http://acnudh.org/pt-br/brasil-onu-direitos-humanos-cobra-medidas-contra-violencia-em-presidios-apos-rebeliao-em-manaus/>]. Acesso em: 19.12.2017.
- AMNISTÍA INTERNACIONAL. *Brasil 2016-2017. Informe 2016/17 Amnistía Internacional*. La situación de los derechos humanos en el mundo. Disponível em: [<https://www.amnesty.org/en/countries/americas/brazil/report-brazil/>]. Acesso em: 19.12.2017.
- ANITUA, Gabriel Ignácio. *Castigo, cárceles y controles*. Buenos Aires: Ediciones Didot, 2011.
- BATISTA, Nilo. Cem anos de reprovação. In: NASCIMENTO, André (Org.). *Cem anos de reprovação: uma contribuição transdisciplinar para a crise da culpabilidade*. Rio de Janeiro: Revan, 2011.
- BRUNO, Aníbal. *Das penas*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976.
- CARVALHO, Salo. Critérios para cálculo da pena-base: ponto de partida, termo médio e regras de quantificação. In: BEDÊ JÚNIOR, Américo; CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós (Coord.). *Sentença criminal e aplicação da pena: ensaios sobre discricionariedade, individualização e proporcionalidade*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2021.
- CASARA, Rubens R. R. *Mitologia processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2015.
- CROSBY, Alfred W. *A mensuração da realidade: a quantificação e a sociedade ocidental (1250-1600)*. Trad. Vera Ribeiro. São Paulo: UNESP, 2001.

81. BATISTA, Nilo. Cem anos de reprovação. In: NASCIMENTO, André (Org.). *Cem anos de reprovação: uma contribuição transdisciplinar para a crise da culpabilidade*. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 180.

82. TAVARES, Juarez. *Crime: crença e realidade*. Rio de Janeiro: Da Vinci Livros, 2021. p. 97.

- ESQUIROL, Jorge L. *Las ficciones del derecho latinoamericano*. Bogotá: Siglo del Hombre Ed. Y Universidad de los Andes, 2014.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón: Teoría del garantismo penal*. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez e otros. 5ª ed. Madrid: Trotta, 2001.
- FRANKEL, Marvin E. *Criminal sentences: Law without Order*. New York: Hill and Wang, 1973 [first printing].
- HIRSCH, Andreas von. *Deserved Criminal Sentences: An Overview*. Oxford, Portland, Oregon: Hart Publishing, 2019.
- HÖRNLE, Tatjana. Teorias da pena. Trad. Tatiana Stoco e Silvio Leite Guimarães, com colaboração de Patrícia Pimentel de Oliveira. In: STOCO, Tatiana (Org.). *Dois estudos: teoria da pena e culpabilidade*. São Paulo: Marcial Pons, 2020.
- INCALCATERRA, Amerigo. ONU: impunidade por tortura nas prisões é regra no Brasil. Entrevista com Amerigo Incalcaterra, representante do Alto Comissariado da ONU para os Direitos Humanos. In: EXAME. Data: 23.01.2017. Disponível em: [<https://exame.abril.com.br/brasil/onu-impunidade-por-tortura-nas-prisoas-e-regra-no-brasil/>]. Acesso em: 19.12.2017.
- INFOPEN. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: período de julho a dezembro de 2019*. Atualizado em 25 de junho de 2020. Disponível em: [<http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/infopen>]. Acesso em: 22.01.2022.
- MARAT, Jean Paul. *Plan de legislación criminal*. Trad. A. E. L. Buenos Aires: Hammurabi, 2000.
- MESSUTI, Ana. *O tempo como pena*. Trad. Tadeu Antonio Dix Silva e Maria Clara Veronesi de Toledo. São Paulo: Editora RT, 2003.
- MUÑOZ, César. As condições prisionais pioram no Brasil. *Human Rights Watch*. 08.12.2017. Disponível em: [<https://www.hrw.org/pt/news/2017/12/08/312429>]. Acesso em: 19.12.2017.
- PACKER, Herbert L. *The limits of the criminal sanction*. Stanford: Stanford University Press, 1968 [original printing].
- PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos fundamentais: direito estadual II*. Trad. António Francisco de Sousa e António Franco. Lisboa: Lusíada, 2008.
- PRADO, Geraldo. A doutrina do corpo de delito. In: *A cadeia de custódia da prova no processo penal*. 2. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2021 (Capítulo 3).
- QUIRÓS, Diego Zysman. *Castigo y determinación de la pena en los Estados Unidos: un estudio sobre las United States Sentencing Guidelines*. Madrid: Marcial Pons, 2013.
- RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Pena y estructura social*. Trad. Emilio García Méndez. Bogotá: Editorial Temis, 1984.
- SERRA, Marco Alexandre de Souza. *Economia política da pena*. Rio de Janeiro: Revan, 2009.

- STOCO, Tatiana. *Culpabilidade e medida da pena: uma contribuição à teoria de aplicação da pena proporcional ao fato*. São Paulo: Marcial Pons, 2019.
- STREECK, Wolfgang. *Tempo comprado: a crise adiada do capitalismo democrático*. Trad. Marian Toldy e Teresa Toldy. Lisboa: Conjuntura Actual Editora, 2013.
- TAVARES, Juarez. A situação carcerária no Brasil. In: TAVARES, Juarez; PRADO, Geraldo. *O direito penal e o processo penal no Estado de Direito: análise de casos*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016 (Capítulo 5).
- TAVARES, Juarez. *Crime: crença e realidade*. Rio de Janeiro: Da Vinci Livros, 2021.
- UNITED NATIONS. *Optional Protocol to the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*. Visit to Brazil undertaken from 19 to 30 October 2015: observations and recommendations addressed to the State party. Disponível em: [http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2FPPrICAqhKb7yhsgvDz3SQy0TX%-2F2ipA5CN39ga3g0pUa9A8tPel9Tu7aPZ%2BQGi9TYikL%2FUxDFbQLw-1cHpAMYWohyyjdes45lKe2%2F2fzSSGcWiTpOkZXBddofOL]. Acesso em: 19.12.2017.
- WACQUANT, Loïc. *As duas faces do gueto*. São Paulo: Boitempo, 2008.
- WORLD PRISON BRIEF (WPB). *Mudanças nos padrões de encarceramento*. Disponível em: [https://www.prisonstudies.org/ten-country-prisons-project/mudan%C3%A7as-nos-padr%C3%B5es-de-encarceramento]. Acesso em: 17.01.2022.



PESQUISAS DO EDITORIAL

ÁREAS DO DIREITO: Penal; Processo

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- As penas privativas da liberdade e sua execução, de Valentim Alves da Silva – *Doutrinas Essenciais Processo Penal* 6/1283-1293;
- Execução da pena privativa de liberdade: consequências na progressão do regime penitenciário, decorrentes da prática de falta grave, durante o cumprimento da pena, de Mario Helton Jorge – *RT* 858/447-454;
- Os regimes de cumprimento de pena e o exame criminológico, de Sérgio Marcos de Moraes Pitombo – *Doutrinas Essenciais Processo Penal* 6/1205-1211; e
- Teorias da determinação da pena: análise dos critérios de relevância para a individualização judicial *theory of sentence determination: analysis of relevant criteria for a judicial customization*, de Tatiana de Oliveira Stoco – *RBCCrim* 104/53-99 e *Doutrinas Essenciais Direito Penal e Processo Penal* 2.