

I Seminário Internacional de Pesquisa em Prisão.
São Paulo, 02/10/2015.

Grupo de Trabalho: Encarceramento em massa e delírios normativos

O sistema trifásico de dosimetria das penas e a imaginária finalidade social do direito de punir.

Hélio Luiz Fonseca Moreira (UFPA)

O sistema trifásico de dosimetria das penas e a imaginária finalidade social do direito de punir.

Resumo:

A fixação de uma pena “razoável”, fundado sistema trifásico de fixação das penas, pressupõe o desenvolvimento de um raciocínio dedutivo, ou indutivo, bem como uma interpretação capaz de estabelecer a conexão de sentido entre a conduta criminosa, às circunstâncias (judiciais e legais) e as causas de aumento ou diminuição da pena, todas relacionadas à finalidade social da pena. Portanto, juridicamente a fixação da pena não deve se realizar com base em fatos presumidos verdadeiros, antes mesmo de sua demonstração. Todavia, à análise das sentenças penais condenatórias evidenciam que, em geral, ao dosar as penas, os juízes se utilizam de um pragmatismo jurídico, constituído de forma especulativa e sem a devida coerência argumentativa. A leitura de 57 sentenças demonstra que, com base no art. 59, do CPB, os juízes dosam a pena dimensionando tão somente seus aspectos repressivos, sem pensar sobre as incoerências e impropriedade do modelo que orienta as suas decisões.

O presente artigo realiza uma análise desse sistema, dimensionando seus limites operacionais, o que é fundamental para compreendermos as suas impropriedades e incoerências que, não raramente, resultam em penas desarrazoadas.

The three-phase system of dosimetry of penalties and the illusory social purpose of the right to punish.

Abstract

The setting of a "reasonable" punishment founded on three-phase system of setting of penalties presupposes the development of a deductive or inductive, as well as an interpretation able to establish a sense connection between the criminal conduct, the circumstances (judicial and law) and the causes of increase or decrease the penalty, all of which related to the social purpose of punishment. So juridically the determining the penalty should not be carried out based on true facts presumed, even before his demonstration. However, the analysis of sentencing criminal judgments has evidenced that in general, to the quantitate the penalties, the judges they make use of a juridical pragmatism, made speculatively and without proper argumentative coherence. The read 57 decisions demonstrates that, based on article. 59, the CPB, judges defined the penalty by scaling so only its repressive aspects, without thinking about the inconsistency and inadequacy of the model that guides their decisions.

This article presents an analysis of the system, by scaling its operational limits, which is essential to understanding their inadequacies and inconsistencies that not infrequently result in unreasonable penalties.

Introdução

O tema “Encarceramento em massa e delírios normativos” proposto para ser abordado no I Seminário Internacional de Pesquisa em Prisões pelo Prof. Dr. Maurício Dieter, indubitavelmente compôs um campo fértil e estimulante de debates que não foram esgotados na reunião do grupo de trabalho durante o evento, mas que com certeza resultará em futuros trabalhos de pesquisas. Instigado pelo tema, o presente artigo aborda, ainda de forma geral, os delírios normativos inscritos na Lei de Execuções Penais, cujo ápice é a redenção moral do condenado à pena privativa de liberdade por meio do trabalho, este concebido como condição dignificante do homem.

Cabe observarmos, porém, que os delírios não se encerram somente nas normas. Eles estão presentes no cotidiano judiciário, expresso nas sentenças condenatórias prolatadas nas varas criminais brasileiras que revelam decisões abusivas e excessivamente erosivas ao Direito Penal e as garantias fundamentais inscritas, implícita ou explicitamente, na Constituição Federal. Nesse sentido, o presente trabalho aborda a fixação da pena-base, evidenciando que, em geral, ao dosar as penas, os juízes se utilizam de um pragmatismo jurídico, constituído de forma especulativa e sem a devida coerência argumentativa.

Para evidenciar esse pragmatismo e a inabilidade técnica dos magistrados ao operarem o artigo 59, do CP, usamos como referência a sentença prolatada na 3ª Vara Criminal da Justiça Federal – Seção Pará.

Com a realização deste pretendemos estimular o debate em torno do sistema trifásico de fixação da pena, dimensionado seus limites e inconsistências para que possamos pensar uma nova forma de fixar as penas, o que não foi feito no anteprojeto de novo Código Penal. Isso porque a sanção penal incide sobre um dos bens mais preciosos que o ser humano possui, a sua liberdade.

Delírios normativos: a pena privativa de liberdade e o trabalho como fator de integração social.

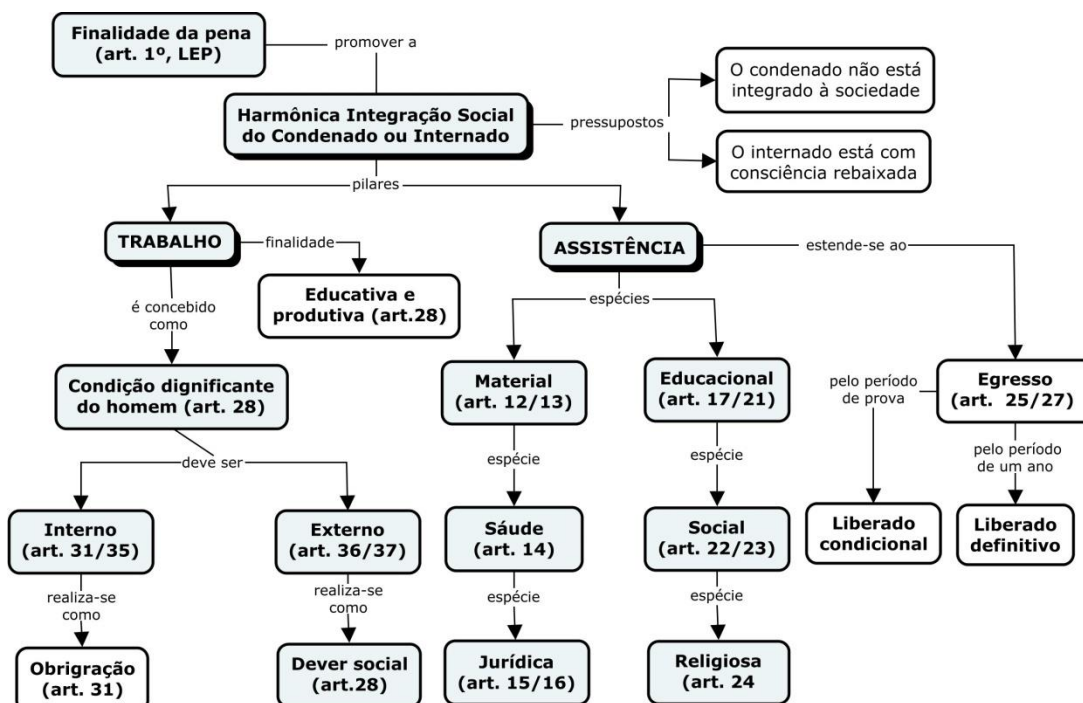
Em perspectiva normativa, a finalidade da pena privativa de liberdade é simultaneamente retributiva, preventiva (art. 59, do CP) e ressocializadora (art. 1º, da LEP). Consoante este dispositivo, a execução penal tem como principal objetivo *“efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”*.

Isso significa que a ideia de ressocialização inscrita na aplicação da pena privativa de liberdade parte de dois pressupostos elementares que orientam a lógica impressa ao processo de execução penal: (1) o condenado não está integrado aos

valores socialmente instituídos e conseqüentemente à sociedade, (2) o internado apresenta rebaixamento de consciência. Dessa forma, o condenado deve ser “educado” em estabelecimento penal para que possa ser harmonicamente integrado à sociedade, enquanto que o internado deve ser submetido ao tratamento hospitalar para recuperar sua saúde mental, até que cesse sua “periculosidade”.

Ocorre, porém, que as finalidades impressas a pena privativa de liberdade foram fragmentadas com tanta inconsistência no ordenamento jurídico que a análise das sentenças penais condenatórias, prolatadas nas varas criminais brasileiras, demonstra que em momento algum os julgadores estabelecem a relação conectiva que deveria existir entre o *quantum* da pena aplicada, o trabalho (educativo e produtivo) e à assistência (material, educacional, saúde, social, jurídica e religiosa) dirigida a “harmônica integração do condenado”.

Consoante observamos no mapa 1, o Trabalho e a Assistência constituem os pilares estruturantes de todo o processo de execução da pena privativa de liberdade, cujo ápice do delírio normativo é a ilusória integração social do condenado. Nesse sentido, podemos concluir que a LEP configura-se como um projeto concebido racionalmente em um plano meramente ideal, que apresenta expressivo descompasso com o plano ontológico.



O trabalho foi concebido no artigo 1º da Constituição Federal como um valor social universal, relacionado ao princípio da dignidade da pessoa humana, configurando-se, portanto, como fundamento da República Federativa do Brasil. Na

LEP o trabalho é concebido como condição dignificante do homem, pois seja ele externo ou interno, realizado obrigatoriamente ou como dever social, tem finalidade educativa e produtiva.

Protegido por vasta legislação infraconstitucional, formalmente o trabalho constitui uma garantia fundamental do homem, consubstanciada no direito social que permite a este promover honesta e decentemente a sua sustentação material, o seu bem estar e a conservação da sua vida.

Indubitavelmente, as pessoas acionam esse sentido para forjar identidades a partir da diferenciação entre os grupos que participam. Nesses grupos, elas são identificadas pela profissão desenvolvida, o que concorre para sua individualização, tais como o médico, o engenheiro, o advogado, o sociólogo, o psicólogo, etc., ou ainda, como trabalhadores, em sentido amplo, opondo o trabalho ao crime, para afirmar sua identidade de trabalhador em oposição aos bandidos, vagabundos e malandros¹.

Na lógica da LEP, o trabalho e a assistência vinculam-se à qualificação do condenado, visando consolidar um sentido de cidadania que lhe proporcione a “reinserção social”, em bases concretas, para viver condignamente a partir do seu próprio trabalho, inserindo-se no mercado, ou desenvolvendo uma atividade autossustentável. Assim, o trabalho constitui-se como principal fator de ressocialização à medida que o respeito próprio, a redenção moral e a dignidade pessoal são alcançados com cumprimento das obrigações referentes ao provimento da sustentação material própria e da família. Formalmente, esse raciocínio é lógico, mas não é real.

O quadro que retrata a realidade do sistema carcerário brasileiro e as condições de existência material dos apenados nas últimas três décadas evidencia nitidamente que o projeto humanização das penas privativas de liberdade e ressocialização do apenado concebido nos moldes Lei de Execução Penal (LEP) não ganhou vida no plano da concreção.

A observação do cotidiano penitenciário demonstra que os estabelecimentos penais foram convertidos em depósitos de dejetos sociais, enquanto que os órgãos da execução penal concebidos com a finalidade de planejar, executar e fiscalizar o cumprimento pena, tais como Conselho Nacional de Políticas Criminais e Penitenciárias, e o Departamento Penitenciário Nacional foram incorporados à União como deficientes “extensões burocráticas”. Entre 1990 e 2014 a população prisional

¹ HASSEN, Maria N. A. O trabalho e os dias: ensaio antropológico sobre trabalho, crime e prisão. Porto Alegre: Tomo Editorial, 1999.

brasileira apresentou um aumento de 575%, passando de 90.000 para 607.700 pessoas presas².

Nesse ponto cabe ressaltar que o trabalho obrigatório para o recluso já estava previsto no Código Criminal de 1830, bem como no Decreto n.º 678, de 06 de julho de 1850, que regulamentava a Casa de Correção do Rio de Janeiro, dedicando um capítulo inteiro (capítulo III) para disciplinar o trabalho do recluso³. Todavia, diverso do que ocorreu em outros países⁴, no Brasil os estabelecimentos penais não funcionaram como instituições de adestramento da população camponesa para desenvolver o trabalho manufatureiro, ou como vetor de pressão salarial, visto que em nenhum momento ocorreu à articulação direta entre o capital produtivo e a prisão para promover a exploração da força de trabalho.

Dessa forma, originariamente, não é razoável conceber a penitenciária como instituição com objetivo de transformar o não proprietário criminoso em não proprietário proletário⁵, uma vez que, quando foram criadas as primeiras penitenciárias no Brasil, na primeira metade do século XVII, não estavam presentes os pressupostos econômicos e de mercado para qualquer utilização ou instrumentalidade produtiva do trabalho carcerário.

Delírios na fixação da pena-base

A análise minuciosa das sentenças condenatórias prolatadas nas varas criminais brasileiras revelam decisões abusivas e excessivamente erosivas ao Direito Penal, visto estarem totalmente afastadas do devido cuidado e observância aos princípios inscritos, implícita ou explicitamente, na Constituição Federal e, particularmente no que se refere à observância aos princípios da Proporcionalidade, da Razoabilidade e da Dignidade Humana, enquanto instrumentos limitadores do poder punitivo do Estado frente à garantia dos direitos fundamentais.

Não há como fechar os olhos às iniquidades e a inabilidade técnica dos magistrados ao operarem sistema trifásico de fixação da pena, quando, em absoluto despreço aos princípios da proporcionalidade da pena, da decisão motivada e da

² BRASIL. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN - JUNHO DE 2014. P. 15. Disponível em <http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulga-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>. Consultado em 29/09/2015.

³ No trabalho “Direito e prática histórica da execução penal no Brasil”, Rodrigo Estrada Roig (2005) produz uma valiosa coletânea de toda a legislação referente à execução penal desde o período colonial até a LEP.

⁴ WACQUANT, Loic. As prisões da miséria. Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Zahar, 2001. FOUCAULT, Michel. Vigiar e punir: nascimento da prisão. Trad. Raquel Ramalhe. 26. ed., Petrópolis: Vozes, 1987. DI GIOGI, Alessandro. A miséria governada através do sistema penal. Rio de Janeiro: Revam: 2006. Entre outros.

⁵ MELOSSI, Dário. & PAVARINI, Massimo. Cárcere e Fábrica. Rio de Janeiro: Revam: 2006.

razoabilidade estabelecem penas absolutamente desarrazoadas. Indubitavelmente esse sistema apresenta uma série de inconsistências, que torna deficiente a sua operacionalidade técnica e epistêmica. Todavia, ao fixar a pena correlata a uma conduta delituosa, o magistrado deve usar adequadamente os referentes conceituais de valoração ontojurídica que permitem recortar a conduta praticada pelo agente e ordená-la racionalmente nas três fases que integram a dosimetria da pena, tornando-a logicamente compreensível no campo jurídico-penal.

Nessa operação o magistrado deve saber que a observação da devida sistematicidade, coerência, inteligibilidade na aplicação do princípio da proporcionalidade, da razoabilidade e das normas penais constituem imperativos derivados dos direitos e garantias fundamentais, inscritos constitucionalmente. Isso porque, a adequação técnica no processo fixação da pena representa uma garantia fundamental do cidadão, que, uma vez não observada, destitui o exercício do poder punitivo de sua necessária legitimação democrática.

Todavia, à análise de cinquenta e sete sentenças penais condenatórias prolatadas nas varas criminais de diferentes estados brasileiros evidenciam que, em geral, ao dosar as penas, os juízes se utilizam de um pragmatismo jurídico, constituído de forma especulativa e sem a devida coerência argumentativa que, não raramente, resultam em penas desarrazoadas, ou absolutamente desproporcionais, conforme demonstraremos, tendo como referência a sentença penal condenatória prolatada pelo juiz da 3ª vara federal, da seção judiciária do Pará, que em 23/05/2013 condenou, entre outros, servidores públicos federais pela prática do crime de corrupção passiva, na forma qualificada.

Não cabe aqui uma análise exaustiva dessa sentença, que será realizada em outro momento. Assim, nos limitaremos evidenciar o pragmatismo especulativo que orienta o magistrado no momento de fixar da pena base, centrando na análise da concepção de culpabilidade e personalidade por ele elaborada no desenvolvimento do seu trabalho. Evidente que não há um conceito normativo de personalidade inscrito no artigo 59, do CP. Todavia, é inadmissível valorá-la negativamente, com base nas seguintes concepções forjadas pelo magistrado em sua sentença, tais como: (1) *“Sua personalidade denota pendor para a prática de infrações penais, notadamente crimes contra a administração pública”*, (2) *“revela pendor para a prática delitiva, especialmente para crimes contra a fé pública e contra a administração pública”* e (3) *“denota pendor para o crime, notadamente para o cometimento de ilícitos penais em detrimento da administração pública, em concurso de pessoas”*.

A leitura dessa sentença demonstra que, apesar da reconhecida falência da pena de prisão⁶, o magistrado dosou a pena privativa de liberdade dimensionando tão somente seus aspectos repressivos, com base em cultura punitivista, sem pensar criticamente as incoerências e impropriedade do modelo que orienta a sua decisão. Essa prática que é comum nas varas criminais brasileiras talvez esteja associada ao elevado volume de processos e as metas produtivistas impostas pelo Conselho Nacional de Justiça.

A concepção de personalidade expressa pelo magistrado revela a constituição do criminoso nato, biologicamente projetado para praticar crimes contra a administração pública, sendo alguns projetados para a autoria e outros para a coautoria ou participação, conforme observaremos nas tabelas abaixo. Essa é construída na dialética do cotidiano, cuja compreensão demanda um recorte para além da racionalidade jurídico-positiva, recolocando a justiça criminal como campo estruturado de forças e espaço público de enunciação, visando entender como os fatos se condensam e ganham significados precisos nas varas criminais⁷.

Tabela 1 – Fixação da pena

Nome	J.R.O.C.
Profissão	Servidor Público Federal
Crime	Corrupção passiva majorada (art. 317, §1º, do CP).
Culpabilidade	“revela grau intenso de reprovabilidade social e de dolo”
Antecedentes	<i>“conduta social e antecedentes são bons”</i>
Conduta social	<i>“conduta social e antecedentes são bons”</i>
Personalidade	<i>“revela pendor para o crime, notadamente para aqueles em detrimento da administração pública.”</i>
Motivos	residem na ambição desmedida
Circunstâncias	são reprováveis
Consequências	serão valoradas na apreciação da majorante do §1º do art. 317/CP
Pena-base	10 (dez) anos de reclusão, e multa de 300 (trezentos) dias-multa.
Pena definitiva	29 (vinte e nove) anos, 07 (sete) meses e 16 (dezesesseis) dias de reclusão, e multa de 888 (oitocentos e oitenta e oito) dias-multa.
Obs.:	Já havia perdido o cargo público antes da sentença.

Fonte: Processo n.º 0001960-87.2005.4.01.3900 – Justiça Federal - Seção Pará

⁶ BITENCOURT Cezar R. Falência da Pena de Prisão - Causas e Alternativas (4ª Ed.). São Paulo: Saraiva, 2011.

⁷ Bourdieu. Pierre. O Poder Simbólico. Bertrand. Rio de Janeiro, 1998.

Tabela 2 – Fixação da pena

Nome	J.O.A.
Profissão	Servidor Público Federal
Crime	Corrupção passiva majorada (art. 317, §1º, do CP).
Culpabilidade	<i>“revela grau intenso de reprovabilidade social e de dolo”.</i>
Antecedentes	<i>“Seus antecedentes são bons”</i>
Conduta social	<i>“também não revela nada que o desabone”.</i>
Personalidade	<i>“denota tratar-se de pessoa com grande ambição financeira e que se orgulha das ilicitudes que comete para satisfazer sua cupidez”.</i>
Motivos	<i>“residem na vontade de enriquecer a qualquer custo.”</i>
Circunstâncias	<i>“são reprováveis”.</i>
Consequências	serão valoradas na apreciação da majorante do §1º do art. 317/CP
Pena-base	10 (dez) anos de reclusão, e multa de 320 (trezentos e vinte) dias-multa.
Pena definitiva	22 (vinte e dois) anos, 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, e multa de 710 (setecentos e dez) dias-multa.
Obs.:	Já havia perdido o cargo público antes da sentença.

Fonte: Processo n.º 0001960-87.2005.4.01.3900 – Justiça Federal/Seção Pará

Tabela 3 – Fixação da pena

Nome	I.C.P.
Profissão	Servidor Público Federal
Crime	Corrupção passiva majorada (art. 317, §1º, do CP).
Culpabilidade	<i>“revela grau intenso de reprovabilidade social e de dolo, pois a Ré vinha se utilizando do cargo público com o propósito explícito de enriquecer às custas da corrupção que praticava com suas cúmplices”</i>
Antecedentes	<i>“Ré não apresentam nenhum episódio criminoso”.</i>
Conduta social	<i>“também não merece censura”.</i>
Personalidade	<i>“denota tratar-se de pessoa movida por grande ambição de dinheiro e com caráter corrompido.”</i>
Motivos	<i>“residem no desejo de enriquecimento fácil, na ganância sem limites”</i>
Circunstâncias	<i>“não merecem maiores considerações”</i>
Consequências	<i>“serão valoradas na apreciação da majorante do §1º do art. 317/CP”</i>
Pena-base	08 (oito) anos de reclusão, e multa 300 (trezentos) dias-multa
Pena definitiva	14 (quatorze) anos, 09 (nove) meses e 23 (vinte e três) dias de reclusão, e multa de 555 (quinhentos e cinquenta e cinco) dias-multa
Obs.:	Já havia perdido o cargo público antes da sentença.

Fonte: Processo n.º 0001960-87.2005.4.01.3900 – Justiça Federal/Seção Pará

Tabela 4 – Fixação da pena

Nome	E.B.T.
Profissão	Contadora com insuficiência renal
Crime	Participação em Corrupção passiva majorada (art. 317, §1º, do CP)
Culpabilidade	“revela grau intenso de dolo e reprovabilidade social”
Antecedentes	não apresenta nada que a desabone
Conduta social	não apresenta nada que a desabone
Personalidade	“revela pendor inquestionável para crimes contra a Administração Pública em concurso de pessoas”.
Motivos	residem na ambição financeira
Circunstâncias	são reprováveis
Consequências	serão valoradas na apreciação da majorante do §1º do art. 317/CP
Pena-base	08 (oito) anos de reclusão, e multa 300 (trezentos) dias-multa
Pena definitiva	17 (dezesete) anos, 09 (nove) meses e 10 (dez) dias de reclusão, e multa de e 666 (seiscentos e sessenta e seis) dias-multa.
Obs.:	Desempregada e já fazia duas hemodiálises semanais à época da sentença.

Fonte: Processo n.º 0001960-87.2005.4.01.3900 – Justiça Federal/Seção Pará

Tabela 5 – Fixação da pena

Nome	M.C.R.M.
Profissão	Servidor Público Federal
Crime	Corrupção passiva majorada (art. 317, §1º, do CP)
Culpabilidade	“revela grau intenso de reprovabilidade social e de dolo.”
Antecedentes	<i>“Ré não possui antecedentes.”</i>
Conduta social	<i>“também não apresenta nenhum episódio desabonador”</i>
Personalidade	“denota tratar-se de pessoa com uma ambição financeira desenfreada.”
Motivos	<i>“residem no desejo de ganhar dinheiro fácil, às custas da arrecadação previdenciária.”</i>
Circunstâncias	<i>“são reprováveis”.</i>
Consequências	<i>“serão valoradas na apreciação da majorante do §1º do art. 317/CP.”</i>
Pena-base	08 (oito) anos de reclusão, e multa 300 (trezentos) dias-multa
Pena definitiva	23 (vinte e três) anos, 08 (oito) meses e 13 (treze) dias de reclusão, e multa de 888 (oitocentos e oitenta e oito) dias-multa.
Obs.:	Já havia perdido o cargo público antes da sentença.

Fonte: Processo n.º 0001960-87.2005.4.01.3900 – Justiça Federal - Seção Pará

Conforme observamos nas decisões apresentadas nas tabelas, a sentença constitui um ato que mobiliza uma série de esquemas individuais, constituídos interativamente com as disposições estruturadas no universo jurídico, consolidados nas experiências práticas, em condições sociais específicas, que são estruturantes da função jurisdicional, do agir cotidiano do juiz nas varas criminais e do processo de fixação da pena. Isso porque, diversamente do propugnado pelo princípio da imparcialidade, no desenvolvimento da relação processual penal os sentidos são colocados em movimento e o individual, o pessoal e o subjetivo são simultaneamente sociais e coletivamente sintonizados em um campo estruturado de forças⁸.

Assim, ontologicamente a relação processual penal se realiza como relação de poder, constituída concretamente em um campo estruturado de forças, entre homens vivos, dotados de sentimentos, preconceitos, vaidades, virtudes e imperfeições. Ocorre, porém, que por meio da instrumentalidade jurídica esses homens são reduzidos a constructos abstratos e funcionais, tais como juiz, promotor, defensor, acusado, vítima e testemunha, cujas cisões sociais são superadas ideologicamente por meio da criação de categorias universais que regem o mundo jurídico, como “igualdade”, “imparcialidade”, “proporcionalidade”, “razoabilidade” e “bem comum”. Dessa forma, a relação processual penal e o modo de fixação são legitimados por um discurso constitutivo de um mundo ideal, controlável e unificado, no qual são obscurecidas as diferenças sociais, econômicas e políticas.⁹

Portanto, o *quantum* de pena não deriva somente do cálculo matemático, imparcialmente elaborado pelo juiz. É antes produto da relação de poder constituída no campo jurídico, a qual está submetida a um conjunto de esquemas de percepções, apropriações e ações experimentadas, postas em práticas no cotidiano judiciário. Portanto, o processo real de fixação da pena, tais como nos casos acima expostos, constitui-se como produção social mutável e fragmentária, onde a produção do inconsciente deriva de um processo de subjetivação dominante e cristalizada a partir das relações de poder simbólico, edificado nas varas criminais.¹⁰

O crime de corrupção passiva, supostamente praticado pelos acusados, tem como pena mínima de 02 (dois) anos e a máxima de 12 (doze) anos. Todavia, análise da sentença em epígrafe demonstra que a pena-base fixada bem acima do mínimo legal, evidencia a inabilidade técnica do magistrado ao estabelecer penas extremamente abusivas, cujos efeitos erosivos às garantias fundamentais são estendidos as demais fases.

⁸ BOURDIEU, Pierre. O Poder Simbólico. Lisboa/Rio de Janeiro: Difel/Bertrand Brasil, 1989.

⁹ REALE, Miguel. Teoria do Direito e do Estado. São Paulo: Saraiva, 2003.

¹⁰ BOURDIEU, Pierre. O Poder Simbólico. Lisboa/Rio de Janeiro: Difel/Bertrand Brasil, 1989.

Ao sopesar as circunstâncias judiciais desfavoráveis ao condenado deve o magistrado motivar sua decisão, pois a inobservância desse instituto contraria o dispositivo contido no art. 93, inciso IX, da Constituição Federal. Ao invés de promover a justiça e o respeito aos direitos fundamentais, sob a ótica constitucional, o sentenciante promoveu, sombriamente, uma espécie de decisionismo fundado no excesso de subjetivismo e na falta de técnica jurídica na fixação da pena-base.

A discricionariedade do julgador não pode ser arbitrária, sem fundamentação adequada, ou desvinculada das finalidades da pena e dos vetores determinantes do *quantum* punitivo. Nos quadros demonstrados evidenciamos que a fixação da pena-base acima do mínimo legal, concernente à **culpabilidade** e a **personalidade** dos acusados foi elaborada com base em considerações vagas, genéricas, sem fundamentação objetiva, sendo, portanto, inadequadas para justificar a exasperação.

A culpabilidade

Nas sentenças analisadas a culpabilidade é concebida por meio de expressões lacônicas, reduzida à “*intensidade do dolo*”, ou traduzida nos seguintes termos: “*revela grau de dolo normal a essa modalidade típica*”, “*A culpabilidade revela grau de dolo acima do normal*”, etc. Ou seja, em todas as sentenças a culpabilidade se expressa nos elementos que integram o tipo penal, sendo, portanto, inadmissível sua valoração negativa ao acusado.

A expressão “*A Culpabilidade revela grau intenso de reprovabilidade social e de dolo*”, comumente empregada pelo magistrado para exasperar a pena dos condenados, configura-se tão somente como considerações vagas, genéricas e sem fundamentação objetiva, técnica ou epistemológica que violam garantias fundamentais dos acusados, uma vez que não configura instrumento jurídico idôneo para ser operado tecnicamente no processo de fixação da pena-base.

Na concepção de Welzel¹¹, adotada no CPB, o dolo constitui elemento subjetivo integrado a conduta, situado na esfera da tipicidade, uma vez que a referência última para definir o tipo penal, em sua forma tentada ou consumada, é a análise do conteúdo da vontade inscrito na conduta do agente. Assim, o dolo integra o tipo penal, não podendo ser valorado negativamente para os acusados, nos termos do art. 59, do CP. Nesse sentido é seguinte julgado do STJ:

¹¹ WELZEL, Hans. O novo sistema jurídico-penal (2^o ed.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009;

_____ Derecho Penal Alemán. Trad. Juan Bustos Ramírez e Sérgio Yáñez Perez. (11^a ed.) Santiago: Ed. Jurídica de Chile, 1997.

STJ - HC 113660 MG 2008/0181368-0. Tráfico, associação para o comércio de drogas, porte de arma de fogo e extorsão. Dosimetria. pena-base. Fixação bem acima do mínimo legalmente previsto. Manutenção pelo tribunal de origem. Culpabilidade, motivos e consequências. Consideração daqueles próprios do tipo ilegalidade¹². Demais circunstâncias judiciais. Desfavorabilidade de algumas. Sanção motivada. Manutenção justificada. Desproporcionalidade entre os fundamentos espostos e o quantum de reprimenda irrogado. Constrangimento ilegal evidenciado. Mitigação devida.

1. Mostra-se inviável considerar como desfavoráveis ao paciente circunstâncias inerentes à culpabilidade em sentido estrito, a qual é elemento integrante da estrutura do crime, em sua concepção tripartida.

(...). - DJ: 26/10/2009.

Apesar de haver julgados das cortes superiores entendo que a culpabilidade não pode ser reduzida a “intensidade do dolo”, sendo o dolo valorado duplamente como da tipicidade e da culpabilidade, bem como que referentes de valoração como personalidade, motivos e conduta social devem ser devidamente fundamentadas não é raro encontramos nas varas criminais sentenças reiteradas em sentido contrário, sem devida acuidade no momento de fixar a pena sugerindo, então, que o judiciário torna-se cada vez mais, uma indústria cuja finalidade é produzir sentenças reificadas.

Personalidade

Não cabe aqui explicar, à luz da psicologia, o conceito de personalidade, caracterizar suas classificações, nem abordar seus aspectos dinâmicos. Todavia, faz-se relevante esclarecer que a personalidade é concebida como construção psicológica referente à organização dinâmica dos sistemas psicofísicos que influem na forma de pensar e agir de uma pessoa, cujo processo de adaptação ao ambiente é individual.

A dinâmica da personalidade desenvolve-se à medida que a pessoa interage com o ambiente físico e social circunjacente na busca da adaptação, processo esse que só é interrompido com a morte. Assim, personalidade é temporal, constituindo-se como um conjunto de características marcantes de uma pessoa, que influi nos seus relacionamentos e define seu padrão comportamental referente ao modo de pensar, sentir e agir¹³.

Cada pessoa tem sua história pessoal e esta é a unidade básica a ser levada em conta no momento de valoração da personalidade, concebida como circunstância

¹² Grifo.

¹³ Nesse sentido consultar PERVIN, Lawrence & JOHN, Oliver. Personalidade: Teoria e pesquisa. (8ª Ed.) São Paulo: Artmed Editográfica, 2001; RAINE, Adrian. The psychology of crime: criminal behavior as a clinical disorder. San Diego: Academic Press, 1997, entre outros.

judicial desfavorável. E, objetivamente, esta unidade não é ponderada pelos magistrados no momento de valorar negativamente a personalidade dos acusados que julgam. Nesse ponto, os magistrados limitam-se, tão somente, a expressão primária de suas presunções pessoais ou a unidades semânticas genéricas desprovidas de fundamentação objetiva para justificar a exasperação da pena, tais como “*Sua personalidade revela tratar-se de pessoa com uma ambição financeira desmedida.*” Nesse sentido é o seguinte julgado do STJ:

STJ - HABEAS CORPUS Nº 227.619 - PE (20110296416-5). Roubo circunstanciado. Dosimetria da pena. Fixação da pena-base acima do mínimo legal. Motivação inidônea. fundamentação baseada em elementos inerentes ao próprio tipo. Inidoneidade da fundamentação judicial apresentada para justificar, no caso, a circunstância desfavorável referente à personalidade delitiva. Ordem de habeas corpus parcialmente concedida.

(...).

2. Não pode o magistrado sentenciante majorar a pena-base fundando-se em referências vagas, genéricas, desprovidas de fundamentação objetiva, para justificar a exasperação da pena, como ocorrido na hipótese.

(...).

4. Esta Corte de Justiça já se posicionou no sentido de que a personalidade do criminoso não pode ser valorada negativamente se não existirem, nos autos, elementos suficientes para sua efetiva e segura aferição pelo julgador.

(Min. Laurita Vaz. Julgado: 05/09/2013)¹⁴.

Decisões como essas, em visível desrespeito a proporcionalidade da pena, pervertem a finalidade ressocializadora da pena privativa de liberdade e, paralelamente, atentam, sobretudo, contra a dignidade da pessoa humana, pois representa perigo ao cidadão que fica completamente exposto à atuação discricionária e arbitrária do Estado, possibilitado, assim, a atuação estatal penal desmesurada, quando não maculada pela ilegalidade.

No estágio atual da legislação penal brasileira, ao fixar a pena-base acima do mínimo legal, deve o magistrado fundar sua decisão em argumentos racionalmente aceitáveis, traduzidos na ideia de adequação, necessidade, idoneidade, lógica e equidade. Ou seja, sintonizados com o senso normal das pessoas prudentes, sensatas e que observam o ordenamento jurídico ao apreciar o caso particular

¹⁴ No mesmo sentido: STJ - HC 136.685/RS- DJe de 07/12/2009.

submetido à sua jurisdição¹⁵. O problema maior é que decisões como essas não são exclusivas da 3ª Vara Federal/Seção Pará. Com uma rápida pesquisa nas varas criminais brasileiras é possível encontrar diversas decisões que apresentam as mesmas vicissitudes.

A eficácia da exasperação, com força para impor uma pena-base acima do mínimo legal, funda-se, necessariamente, na racionalidade do potencial argumentativo e no respeito aos princípios estruturantes ordenamento jurídico-penal, expresso na razoabilidade da sentença. Isto porque, a decisão judicial razoável é aquela que, revestida de racionalidade, constitui-se como uma decisão racional-legal sensata e prudente.

Em suma, entre os delírios normativos e os delírios punitivistas estão à finalidade da sanção penal, o sistema trifásico de fixação das penas e a falência da pena de prisão, banalizada neste país. Nesse sentido, faz-se relevante observarmos que desde a década de 80 os trabalhos que abordaram a questão penitenciária já teciam críticas ao regime de isolamento rigoroso e já anunciavam a falência do sistema penitenciário brasileiro. Nesse sentido são os trabalhos de autores como Ramalho¹⁶, Reis¹⁷, Adorno&Bordini¹⁸, entre outros que destacavam os erros na persistência da política isolacionista adotada no Brasil, pois a mesma era direcionada a promoção de uma ruptura radical entre as penitenciárias e os centros urbanos, entre o mundo dos reclusos e o mundo exterior, expresso no objetivo de se criar um espaço institucional, hermeticamente fechado, operado a partir de mecanismos internos para ordenar racionalmente as relações assimétricas constituídas no seu interior.

Diferente não era o entendimento de Thompson¹⁹ que ao criticar os objetivos declarados pela instituição prisional destacou que penitenciária “especial”, de segurança máxima, com vigilância permanente e controle exaustivo sobre o preso não passava de uma ilusão constituída no século XVIII, associada à metáfora do *panopticon*. Para esse autor, a observação do cotidiano penitenciário aquela época já

¹⁵ Nesse sentido: BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 10ª. ed. São Paulo: Malheiros, 1988; CASTRO, SILVEIRA, Carlos Roberto de. O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil. São Paulo: Forense, 1989; ZANCANER, Weida. Razoabilidade e moralidade: princípios concretizadores do perfil constitucional do Estado Social e Democrático de Direito. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de (Org.). Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba: Direito Administrativo e Constitucional. São Paulo: Malheiros, 1997. v. 2; entre outros.

¹⁶ RAMALHO, José R. O Mundo do Crime: a ordem pelo avesso. Rio de Janeiro: Graal, 1983.

¹⁷ REIS, Marisol de P. De volta ao exílio: As Representações Sociais da Reincidência Penitenciária. Brasília: UNB, 2001. Dissertação de mestrado disponível no site <http://www.scielo.br>

¹⁸ ADORNO, Sergio; BORDINI, E. - “Reincidência e Reincidentes Penitenciários em São Paulo, 1974-1985”. In: Revista Brasileira de Ciências Sociais, n.º 9, vol. 3, São Paulo, 1986.

¹⁹ THOMPSON, Augusto. “Quem São os Criminosos”? Rio de Janeiro: Achimé, 1983.

_____. A questão penitenciária. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

revelava que os reclusos não são agentes totalmente passivos frente à instituição, pois os mesmos desenvolviam cotidianamente diversas formas de resistência à instituição total²⁰ subvertendo, portanto, em diversos momentos a assimetria do espaço disciplinar.

Thompson destacou, ainda, que na realidade brasileira tornou-se evidente que as técnicas de isolamento, vigilância e disciplina empregadas nas edificações carcerárias não são suficientes para inibir todas as ações e intervenções dos presos no cotidiano institucional, originando uma série de comportamentos transgressivos em relação à disciplina institucional. Essas transgressões sistematicamente originadas no meio dos reclusos, mais que simples resistência à ordem institucional, permitiam a constituição de um sistema normativo paralelo que passa a influir no cotidiano da rotina prisional em diversos níveis, pervertendo a ordem institucional e minimizando a eficiência da institucionalização, na medida em que se incorporam à realidade prisional²¹.

Ao abordar a prisão frente aos Direitos Humanos do preso, Leal²² arguiu que o fracasso do sistema penitenciário decorre da própria natureza do estabelecimento penitenciário que, como instituição total, é inapta para promover o seu objetivo declarado de ressocializar o recluso. Para esse autor, a penitenciária produz uma comunidade de pessoas estigmatizadas²³, convertidas em “coisas”, sem direito de querer, pensar, ou se expressar livremente, não interessando, portanto, aos agentes penitenciários, os seus sentimentos, seus desejos ou suas aflições, restando-lhe apenas o tratamento humilhante e desumano concedido tanto por parte dos agentes penitenciários, como por seus pares.

Ao refletir sobre a adoção das penas alternativas como resposta à crise do sistema penitenciário brasileiro, esse autor conclui que o moderno sistema prisional fracassou, porque o encarceramento além de não intimidar as práticas criminosas, não recupera, nem produz a “ressocialização” do transgressor. A pena de reclusão configura um instituto que historicamente revelou-se insuficiente enquanto instrumento de ressocialização e contenção dos índices de criminalidade, porque a penitenciária se

²⁰ GOFFMAN, Erving. Manicômios, prisões e conventos. São Paulo: Perspectiva, 2005.

²¹ No mesmo sentido: SANTOS, Hugo Freitas dos. O "coletivo" como estratégia territorial dos cativos. GEOgraphia. Revista do Programa de Pós-Graduação em Geografia da Universidade Federal Fluminense. Vol. 9, No 17 (2007). p. 89-116.

²² LEAL, César Barros. Prisão crepúsculo de uma era. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

_____. A Prisão em Uma Perspectiva Histórica e o Desafio Atual dos Direitos humanos do Preso. In: Revista do Conselho de Política Criminal e Penitenciária. Brasília, jul./dez. de 1995.

²³ GOFFMAN, Erving. Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada. Rio de Janeiro: Zahar, 1975.

realiza como um espaço social de violência, onde são constituídas relações de dominação e opressão, fundadas no artificialismo e na promiscuidade.

É consenso entre os pesquisadores que desenvolveram estudo sobre as prisões que a pena de reclusão deve ser concebida somente como um mal necessário, de razão última, restrita apenas aos crimes mais graves e mais violentos. Dessa forma, entendem que, indubitavelmente, a adoção de penas alternativas à reclusão, além de menos onerosas, são mais capazes de garantir a reintegração do condenado, na medida em que não o afastam do trabalho, da família e do grupo social ao qual pertence, o que seria mais adequado para os casos apresentados, visto que a aplicação de penas de reclusão que chagam a patamar superior a vinte e nove anos e absolutamente desarrazoado e inútil para promover a “harmônica integração social”, propugnada na LEP.

Cabe ressaltar que a lógica que orienta o sistema penitenciário contraria os objetivos de ressocialização e reintegração à sociedade, proposto institucionalmente, na medida em que o recluso é isolado do convívio social, tornando-se incapacitado para a vida social fora da penitenciária, pois, ao ingressar nesse estabelecimento, o mesmo é impelido para a “sociedade dos cativos”, dotada de sistema normativo próprio, onde em geral, o *status* e a valorização do indivíduo entre os seus pares está associada às práticas criminosas desenvolvidas dentro e fora da penitenciária.

No mesmo sentido, contundente é o desabafo de Renato Gomes Nery, ao abordar o direito ao voto do presos provisórios:

“[O]s segregados não têm voz e nem representação, encontrando na rebelião o único meio de serem ouvidos. Os presos são um zero à esquerda. Ninguém se importa com eles, a não ser uns poucos abnegados e altruístas. Constituem um estorvo que foi abandonado nas prisões, como os escravos eram jogados nas masmorras, num passado remoto, para morrerem de maus tratos, de doenças, de fome e de abandono. Em que pese não haver a pena de morte formal no Brasil, não há como negar que aqui, milhares de pessoas foram condenadas a uma pena de morte lenta, dolorosa e contínua, e dentre elas estão os detentos. Os presos não são frutos do acaso, eles surgiram no seio da sociedade que os produziu, os

*embalou, os encarcerou e os esqueceu. Enquanto os encarcerados não tiverem alguma coisa para dar, ninguém olhará por eles*²⁴.

Em suma, o sistema penitenciário brasileiro encontra-se em colapso, sem perspectiva de mudança a curto ou médio prazo. Em geral, o sistema penitenciário brasileiro revela uma situação de horror, na qual dificilmente pode se vislumbrar qualquer perspectiva de ressocialização do recluso.

Apesar de todos esses estudos e quadro atual do sistema penitenciário brasileiro não é raro encontramos penas absurdas deduzidas de um sistema trifásico de aplicação de penas que se demonstra extremamente confuso em sua operacionalidade. Razão pela qual se impõem a necessidade de desenvolvermos um estudo mais aprofundado sobre as sentenças penais condenatórias e como o sistema trifásico de fixação das penas tem sido empregado em um contexto no qual o judiciário parece ter se tronado uma indústria, cujo produto final são as sentenças massivamente reificadas.

Considerações Finais

Pensar o sistema de fixação é pensar nos direitos e garantias fundamentais, na segurança jurídica e nas representações de Estado Democrático de Direito. A sentença penal condenatória não se resume a um texto no qual no juiz expressa o seu livre convencimento. Ela é a expressão ideológica do Estado Democrático de Direito, pois corporifica a representação do ideal de justiça. Nela o juiz define o *status* ontológico do acusado e constitui concretamente o direito de punir. Partindo desse pressuposto é que propomos a realização de estudos densos sobre a forma como os magistrados estão dosando as penas privativas de liberdade no Brasil, tendo como referência a análise das sentenças condenatórias, dimensionando seus aspectos discursivos, políticos, jurídicos e ideológicos. Isto porque, como cidadãos não podemos e nem devemos fechar os olhos a um sistema cujas iniquidades reduzem seres humanos a objetos, condenando-os a mortificação em instituições totais, muito mais afeiçoadas a depósito de dejetos sociais.

²⁴ Desabafo referido pelo conselheiro do CNPCP, Carlos Lélio Ferreira, em seu parecer sobre o direito de voto ao preso para os presos provisórios, aprovado na 315ª Reunião Ordinária do CNPCP realizada em 27 de outubro de 2005, em São Luís, no Maranhão.

Referência

ADORNO, Sergio; BORDINI, E. - "Reincidência e Reincidentes Penitenciários em São Paulo, 1974-1985". In: Revista Brasileira de Ciências Sociais, n.º 9, vol. 3, São Paulo, 1986.

ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2003.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 10ª. ed. São Paulo: Malheiros, 1988.

BRASIL. Código Penal Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. Lei de Execução Penal (LEP). N.º 7210 de 11 de julho de 1984.

CASTRO, SILVEIRA, Carlos Roberto de. O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil. São Paulo: Forense, 1989.

BITENCOURT Cezar R. Falência da Pena de Prisão - Causas e Alternativas (4ª Ed.). São Paulo: Saraiva, 2011

BOURDIEU. Pierre. O Poder Simbólico. Bertrand. Rio de Janeiro, 1998.

DI GIOGI, Alessandro. A miséria governada através do sistema penal. Rio de Janeiro: Revam: 2006. Entre outros.

FALCONI, Romeu. Sistema Presidencial: Reinserção Social? São Paulo: Ícone, 1998.

FOUCAULT, Michel. Vigiar e punir: nascimento da prisão. Trad. Raquel Ramalhete. 26. ed., Petrópolis: Vozes, 1987.

GOFFMAN, Erving. Manicômios, prisões e conventos. São Paulo: Perspectiva, 2005.

_____. Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada. Rio de Janeiro: Zahar, 1975.

HASSEN, Maria N. A. O trabalho e os dias: ensaio antropológico sobre trabalho, crime e prisão. Porto Alegre: Tomo Editorial, 1999.

LEAL, César Barros. Prisão crepúsculo de uma era. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

_____. A Prisão em Uma Perspectiva Histórica e o Desafio Atual dos Direitos humanos do Preso. In: Revista do Conselho de Política Criminal e Penitenciária. Brasília, jul./dez. de 1995.

MELOSSI, Dário. & PAVARINI, Massimo. Cárcere e Fábrica. Rio de Janeiro: Revam: 2006.

PERVIN, Lawrence & JOHN, Oliver. Personalidade: Teoria e pesquisa. (8ª Ed.) São Paulo: Artmed Editográfica, 2001.

RAMALHO, José R. O Mundo do Crime: a ordem pelo avesso. Rio de Janeiro: Graal, 1983.

RAINE, Adrian. The psychology of de crime: criminal behavior as a clinical disorder. Sand diego: Academic Press, 1997.

REALE, Miguel. **Teoria do Direito e do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2003.

ROIG, Rodrigo D.E. Direito e prática histórica da execução penal no Brasil. Rio de Janeiro: REVAN, 2006.

SANTOS, Hugo Freitas dos. O "coletivo" como estratégia territorial dos cativos. GEOgraphia. in: Revista do Programa de Pós-Graduação em Geografia da Universidade Federal Fluminense. Vol. 9, No 17 (2007). p. 89-116.

REIS, Marisol de P. De volta ao exílio: As Representações Sociais da Reincidência Penitenciária. Brasília: UNB, 2001. Dissertação de mestrado disponível no site <http://www.scielo.br>

THOMPSON, Augusto. A questão penitenciária. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

_____. "Quem São os Criminosos"? Rio de Janeiro: Achimé, 1983.

WACQUANT, Loic. As prisões da miséria. Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

ZANCANER, Weida. Razoabilidade e moralidade: princípios concretizadores do perfil constitucional do Estado Social e Democrático de Direito. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de (Org.). Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba: Direito Administrativo e Constitucional. São Paulo: Malheiros, 1997. v. 2.

WELZEL, Hans. O novo sistema jurídico-penal (2º ed.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009;

_____. Derecho Penal Alemán. Trad. Juan Bustos Ramírez e Sérgio Yáñez Perez. (11ª ed.) Santiago: Ed. Jurídica de Chile, 1997