



FACULDADE BAIANA DE DIREITO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS

JORGE ANTONIO SILVEIRA DOS SANTOS JÚNIOR

**(Des)proporcionalidade na aplicação da pena-base no crime de Formação de Quadrilha  
no julgamento da Ação Penal 470 (Mensalão)**

Salvador  
2016



JORGE ANTONIO SILVEIRA DOS SANTOS JÚNIOR

**(Des)proporcionalidade na aplicação da pena-base no crime de Formação de Quadrilha no julgamento da Ação Penal 470 (Mensalão)**

Monografia apresentada à Faculdade Baiana de Direito, para a conclusão do Curso de Pós-Graduação em Ciências Criminais.  
Orientação: Prof. Rudá Figueiredo.

Salvador  
2016

JORGE ANTONIO SILVEIRA DOS SANTOS JÚNIOR

**(Des)proporcionalidade na aplicação da pena-base no crime de Formação de Quadrilha do julgamento da Ação Penal 470 (Mensalão)**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade Baiana de Direito, como parte das exigências para a obtenção do título de Pós-Graduado em Ciências Criminais.

Salvador, de de 2016.

BANCA EXAMINADORA

---

Professora Orientadora: Rudá Figueiredo

---

Professor Avaliador:

---

Professor Avaliador:

Dedico este trabalho de conclusão de curso a minha avó Juracema Montenegro, a minha mãe Rosana Torres, a minha esposa Maria Luiza e a minha filha Letícia, por sempre me incentivarem de alguma forma a continuar nesta longa caminhada que é ser um operador do Direito.

## Agradecimentos

Agradeço primeiramente a Deus, pois sei que ele me deu forças para não fraquejar até aqui e abençoa meu caminho todos os dias me ensinando a seguir em frente sempre.

Da mesma forma, agradeço a toda minha família pelo esforço e paciência em todos os momentos difíceis, mas não só isso, como também, por toda felicidade e inspiração que eles me proporcionam.

Aos amigos do peito, aquele abraço forte que nos conforta e mantém a sede de vencer viva dentro do meu peito.

Por fim e não menos importante preciso agradecer ao meu Mestre Prof. Antonio Vieira, pela inspiração no tema deste trabalho. E, igualmente ao amigo e professor Adriano Figueiredo por todo o apoio incondicional a construção deste trabalho e na vida profissional.

*“procura-se evitar que o uso deste poder converta-se em um fato arbitrário. Seu objetivo é, essencialmente, proteger a liberdade e a dignidade da pessoa” (BINDER, 2009).*

## RESUMO

Este trabalho científico foi idealizado com base em uma análise crítica acerca de supostas irregularidades contidas no julgamento da Ação Penal 470, o chamado “Mensalão”, e para tanto, foram realizados estudos sobre a aplicação da pena, conceito, espécies, características, modos, mais especificamente, com detida análise acerca dos princípios aplicáveis à pena, utilizando o princípio da proporcionalidade como objeto chave da crítica pretendida. Desta forma, também fora feita uma abordagem histórica sobre o Poder Judiciário e as influências externas que sofre, como por exemplo, o clamor público, a Política e a Mídia, a partir de um marco histórico que permeia o Século XX, e como estas confluem para um denominador comum a fim de um resultado particular. Neste sentido, confrontamos as informações doutrinárias com as teses jurídicas apresentadas no processo, com o intuito de constatar as supostas irregularidades cometidas pelo Supremo Tribunal Federal.

**Palavras – chave:** Aplicação; Pena; Ação Penal 470; Mensalão; Princípio; Proporcionalidade; Judiciário.

## ABSTRACT

This scientific work was designed based on a critical analysis about alleged irregularities contained in the trial of criminal action 470, the so-called "Mensalão", and for that, studies have been conducted on the implementation of the sentence, concept, species, features, modes, more specifically, with detailed analysis on the principles applicable to the penalty, using the principle of proportionality as a key object of the desired critical. In this way, also was made a historical approach to the judiciary and external influences that suffers, for example, the public outcry, the policy and the media, from a historical landmark that pervades the twentieth century, and how they come together to a common denominator to a particular outcome. In this sense, we confront the doctrinal information with the legal arguments put forward in the process, in order to find the alleged irregularities committed by the Supreme Court.

**Key – words:** Application; Feather; Criminal action 470; monthly allowance; Principle; Proportionality; Judiciary.

## SUMÁRIO

<b>1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS</b>	10
<b>2 A MÍDIA, A POLÍTICA E O JUDICIÁRIO</b>	12
2.1 O PODER DA MÍDIA NO BRASIL E SUA EVOLUÇÃO HISTÓRICA	12
<b>2.1.1 A influência da mídia: O povo e o Poder Judiciário</b>	14
<b>2.1.2 Resultado: Julgamentos “sugestionados”</b>	17
2.2 A POLÍTICA X PODER JUDICIÁRIO	18
<b>2.2.1 A reflexão política no século XX</b>	18
<b>3 APLICAÇÃO DA PENA SOB A ÓTICA DOS PRINCÍPIOS PENAIS</b>	22
3.1 OS PRINCÍPIOS, VALORES E REGRAS	22
3.2 DOS PRINCÍPIOS APLICÁVEIS ÀS PENAS	23
<b>3.2.1 Princípio da Legalidade</b>	23
<b>3.2.2 Princípio da Humanidade</b>	26
<b>3.2.3 Princípio da Personalidade</b>	30
<b>3.2.4 Princípio da Culpabilidade</b>	32
<b>3.2.5 Princípio da Individualização</b>	33
<b>3.2.6 Princípio da Proporcionalidade</b>	33
3.3 INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA	36
3.4 A DOSIMETRIA DA PENA	41
3.5 MÉTODO TRIFÁSICO	43
<b>4 A AÇÃO PENAL 470 E O CRIME DE FORMAÇÃO DE QUADRILHA</b>	48
4.1 DA FORMAÇÃO DE QUADRILHA	48
<b>4.1.1 Da Organização Criminosa e a Formação de Quadrilha: caracterização</b>	57
4.2 OUTRAS PECULIARIDADES DESTE TIPO PENAL	58
<b>5 DA DESPROPORCIONALIDADE NA APLICAÇÃO DA PENA BASE NO CRIME DE FORMAÇÃO DE QUADRILHA NA AÇÃO PENAL 470</b>	61
5.1 A AÇÃO PENAL 470	61
5.2 A MAJORAÇÃO DA PENA NO CRIME DE FORMAÇÃO DE QUADRILHA	62
<b>5.2.1 Inobservância da proporcionalidade na dosimetria da pena</b>	65



<b>6 CONSIDERAÇÕES FINAIS</b>	9
<b>REFERÊNCIAS</b>	68
	72

## 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Inicialmente, é preciso salientar que este trabalho possui a intenção de discutir a efetivação das garantias e direitos fundamentais, que principalmente no âmbito do Direito Penal, por vezes, são desconsideradas por uma série de fatores processuais e extras processuais. Neste sentido, é que buscamos através dos argumentos jurídicos, ratificar a importância das normas princípios constantes no nosso ordenamento jurídico.

Sob esta perspectiva, é que este trabalho objetiva questionar algumas irregularidades encontradas no julgamento da Ação Penal 470, como por exemplo, a desproporcionalidade da fixação da pena-base nos crimes de formação de quadrilha.

Com base na mencionada irregularidade, relembramos que quando um sujeito comete algum delito a aplicação da pena-base é fixada conforme os requisitos elencados no artigo 59 do Código Penal Brasileiro, e segundo o artigo 68 do Código Penal posteriormente serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes e por último, as causas de diminuição e de aumento da pena.

Ocorre que, segundo visto no canal “Tv Justiça” durante sessão do Plenário da Suprema Corte, o Ministro Vice Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ricardo Lewandowski, durante o julgamento do mensalão, alguns dos réus possuem no crime de formação de quadrilha a fixação da pena-base totalmente desproporcional em relação aos outros crimes imputados a eles mesmos, como por exemplo, aquele de corrupção ativa.

Nesse diapasão, foram opostos embargos infringentes, os quais tiveram sua legalidade discutida em Plenário, isto porque não se tinha uma concretude acerca da constitucionalidade da utilização daquele instrumento processual naquele momento.

Posteriormente, após tamanha discussão entre os Ministros do Supremo Tribunal Federal, decidiram por maioria, aceitar todos os embargos, obviamente que se encontram aptos tecnicamente a serem admitidos. Desta forma, chamou atenção em especial um daqueles, o qual abordou exatamente a tese apresentada pelo Ministro Ricardo Lewandowski, no sentido de que existia sim uma desproporcionalidade na aplicação da pena base no crime de formação de quadrilha do réu ali em defesa, e que deveria existir um critério para esta fixação.

Vislumbrando a hipótese da finalidade desejada com a técnica de aplicação da pena-base ora usada no julgamento desta ação, seguindo ainda a teoria do Ministro Revisor, podemos idealizar eventualmente que tal acontecimento possa ter ocorrido por dois motivos, os quais são: evitar a prescrição dos crimes e/ou totalizar uma pena para que os réus fossem condenados a regime fechado.

Ademais, insta salientar ainda que, além de uma suposta fraqueza no instituto da imparcialidade que devem ter os juízes no momento do julgamento, abalada pelo sentimento pessoal de cidadão brasileiro, percebe-se grande instigação da mídia e da pressão popular, atrelada a atual situação política do país, para que o destino da ação penal 470 tome um rumo cada vez mais punitivo.

Diante do exposto, é que buscamos analisar quais seriam as consequências jurídicas quando da fixação da pena base aplicada em desproporcionalidade no crime de formação de quadrilha no julgamento do “Mensalão”?

A escolha do tema foi baseada no atual impacto que o julgamento do mensalão vem causando em toda a sociedade brasileira, principalmente pelo fato de quem ocupa o lugar de réu na ação, a figura do político brasileiro. Este é um fator que por si só já causa grande agitação na sociedade brasileira.

Este é um tema importante, na medida em que se verifica como a mídia, a política e a pressão popular podem influenciar de forma a interferir na qualidade jurídica de um julgamento realizado pela Suprema Corte do país, como também, se torna relevante haja vista nunca na história do Brasil ter existido um julgamento que tenham como réus tantos políticos.

Portanto, é conveniente ratificar que este é um julgamento que criará um precedente enorme em todo o mundo jurídico brasileiro, por isso os responsáveis por ele deverão possuir grande zelo no decorrer de suas análises e decisões, pois uma vez tomada uma decisão falha, esta provavelmente será reproduzida e fundamentada com base nos posicionamentos adotados aqui.

Constatar a veracidade da tese apresentada pelo Ministro Revisor da ação penal 470, o “mensalão”, e conseqüentemente analisar como a influência da mídia vem interferindo no julgamento do Supremo Tribunal Federal o qual é alvo dos jornais televisivos diariamente.

Também é utilitário, se constatada a veracidade da desproporcionalidade, verificar quais os reais motivos para a fixação desproporcional da pena base nos crimes de formação de

quadrilha de alguns dos réus, bem como qual o real objetivo de um julgamento que excede os limites legais de uma condenação penal.

Expor eventuais falhas do julgamento do mensalão, bem como, demonstrar como a influência da mídia e da política podem afetar na qualidade técnico jurídica do Poder Judiciário. E ainda, apresentar possíveis respostas (caminhos/meios) contidas no ordenamento jurídico que levassem a outro resultado final deste julgamento.

## **2. A MÍDIA, A POLÍTICA E O JUDICIÁRIO.**

### **2.1 O PODER DA MÍDIA NO BRASIL E SEUS RELATOS HISTÓRICOS**

A mídia sempre esteve presente influenciando as atitudes políticas no comportamento da sociedade. De acordo com a Sociedade Federativa Brasileira (2014), no sentido estrito da palavra, o termo “mídia” é usado para designar os principais veículos de um determinado sistema de comunicação social, considerando os setores tradicionais, sejam eles as Emissoras de Rádio e TVs, Jornais, Revistas e a Internet, atualmente considerada como a mídia internacional.

Atuando desde muitos anos atrás, como mostra a história, a mídia operou a partir de interesses econômicos e políticos, agindo muitas vezes de forma camuflada, como instrumento de “manobra política”, por exemplo. A mesma deve ser imparcial, investigativa, informativa, cultural e livre, mas nem sempre sua função foi cumprida efetivamente, haja vista utilizar-se de seu espaço, por vezes de forma injusta, pois beneficiava um determinado grupo político em épocas de eleição, bem como sabemos que até os dias atuais esta situação se repete mais e mais.

Segundo Thompson (2002), atualmente a política é ininteligível, isto é, a política como arte ou ciência da organização, direção e governação de nações ou Estados, se encontra hoje em uma direção que a sociedade se pergunta: O que é política afinal? Isto porque o povo se vê teoricamente “esquecido”, tendo em vista toda falta de infraestrutura no país, em se tratando da saúde pública e a segurança pública no país.

A função que a política adjudica aos gestores, em regra, é trabalhar pelos interesses comuns da sociedade, entretanto para que estes penetrem no “meio da política” e sejam eleitos, eles precisam de algo essencial, como um pilar que sustenta um edifício, a denominada credibilidade, mas de que forma obter credibilidade, se não por um meio que possa mostrar a população “quem você é, e o que fará pela cidade, estado ou país”.

Pois é, a mídia é o meio de produção desse capital, e dependendo do ponto de vista, ela pode criar tamanha credibilidade a ponto de tornar alguém Presidente da República, ou a ponto de forçar um impeachment, ou seja, devastar a credibilidade de um sujeito. Para Thompson (2002), esse “quarto poder”, pelo qual a mídia é referenciada, é um poder

usurpado, uma vez que o povo jamais lhe conferiu pelo seu voto, tendo vista este ser o titular do poder legítimo nos estados democráticos de direito.

Para Jambeyro (2004), é possível perceber com uma simples análise na história do Brasil que a mídia eletrônica (TVs e Rádios) de hoje é apenas e simplesmente uma evolução dos meios de controle antigos. Como lá no início da colonização das terras brasileiras, as quais foram divididas em lotes, denominados capitânicas hereditárias, e por livre método de escolha foram doados a famílias específicas, existe hoje algo semelhante, todavia não são terras, mas algo muito maior, digamos que determinados grupos possuem espaços privilegiados que poderíamos chamar metaforicamente de “capitânicas midiáticas”.

Ainda segundo Jambeyro (2004), em tempos do Estado Novo, o meio de promoção das ações do governo era a radiodifusão, o que a tornou atividade institucional. O presidente da época, Getúlio Vargas soube se aproveitar muito brilhantemente da rádio, com a propagação de discursos que enchem o patriotismo brasileiro de esperança e vigor, e fortaleceu sua imagem como líder e estadista. Vargas fez melhor, utilizou dessas ondas emissoras para engrenar de uma vez o processo de legitimação da identidade nacional que se construía na época.

E foi então que os instrumentos de difusão de informações, ou seja, os meios de comunicação, televisão, rádios, revistas, jornais, começaram a perceber o tamanho da força que eles possuíam. Assim, foi surgindo cada vez mais empresas com finalidade midiática, que investiam intensamente na criação de novos dispositivos de comunicação. Um grande exemplo deste fato foi a Assis Chateaubrand, esta era em 1946 a empresa estrangeira que na época quase monopolizava os meios de comunicação (rádio, revistas e jornais), e foi quem levou Vargas ao poder: [optou então pela oposição, e a partir daí, a história começou a mudar].

Ademais, nem precisamos frisar que a imprensa ganhou consciência da sua força e começou a ganhar características peculiares, coincidentemente vistas ainda hoje.

De acordo com os relatos de Jambeyro (2004), os políticos, evidentemente, também tomaram conhecimento de como os meios de comunicação funcionavam como instrumento de poder e até o final da década de 70, foram outorgadas mais de 87 emissoras de televisão. Ocorre que, como hoje, naquela época também era preciso um capital alto para a concretização de uma dessas emissoras, o que nos faz entender melhor o porquê que a televisão no Brasil nasce oligopolizada, e obviamente se mantém até os tempos atuais.

René Armand Dreifuss (1981) dá ênfase às relações construídas entre grandes empresários, militares e políticos e as grandes multinacionais como fatores decisivos influenciadores das políticas de governo. A Rede Globo, por exemplo, foi e é a principal beneficiária de toda essa história, atualmente recebendo a maior parcela das verbas publicitárias do governo federal brasileiro, mantendo sua audiência no topo, e, por conseguinte, formando opiniões de inúmeros brasileiros, tornando-se uma emissora dominante nas televisões nacionais.

### **2.1.1 A influência da mídia: O povo e o Poder Judiciário**

Primeiramente, é preciso aceitar que o Poder Judiciário ainda não possui uma estrutura suficientemente capaz de atender ao razoável acesso à justiça, embora exista empenho por parte dos órgãos desta seara para tanto; contudo, é possível através dos noticiários de televisão, bem como por parte de depoimentos dos próprios servidores a jornais que a parcialidade e interesse particular também pairam dentro das instituições, ou seja, a corrupção também alcança este terceiro poder, se não fosse o caso, não teríamos conhecimento de notícias sobre juízes, advogados e até mesmo desembargadores sofrendo processos por conta de “propinas”, como verificamos podemos verificar em pesquisas processuais, ou através das notícias publicadas em sites jurídicos de grande respaldo na academia de Direito.

Segundo Thompson (2002), a mídia, ou poderíamos dizer “o quarto poder”, ora se fazer sinônimo de “pressão”, o que nos faz lembrar, inclusive, da “pressão popular”. Seja como for, a mídia através dos seus instrumentos de comunicação em massa, já mencionados, de certa forma é um dos maiores manipuladores de opinião, senão o maior deles. O Judiciário como todo órgão público está sujeito a este tipo de influência externa há muito tempo; contudo, hoje fica ainda mais evidente este tipo de situação, seja a partir da pressão popular, ou a partir da divulgação pelo instrumento midiático.

Segundo Luiza Hiroko Yamada Kuwae, de acordo com Thompson (ibidem, p. 1), é preciso considerar também que os meios de comunicação não servem somente para transmissão de informações e de conteúdo simbólico a sujeitos cujas relações com outros permanecem serenas, mas sim, “que o uso dos meios de comunicação implica a criação de novas formas de ação e de interação no mundo social, de novos tipos de relações sociais”.

Segundo Thompson (2002. p. 12), nasce neste momento um novo tipo de contato entre os líderes políticos e seus possíveis eleitores, denominado “intimidade não recíproca à distância”. Todavia, será necessário ter noção do risco, tendo em vista que essa tal visibilidade midiática pode te elevar ao sucesso, ou não.

Ocorre que, no Brasil, os meios de comunicação televisivos configuram-se como principais, isto porque, são os mais acessados pela população brasileira, haja vista a facilidade de captação das notícias, já que muitos ainda têm dificuldade com a leitura, e o jornal (reciclável) se torna algo mais isolado, não obstante, muitos ainda não possuem computadores em suas residências para acessar a internet, pois como todos sabemos a renda mínima do cidadão brasileiro não permite gastos extras à sua subsistência, e acabam tornando a televisão não só como único meio de acesso a informação e à notícia, mas também, como um instrumento de lazer, dada as suas devidas proporções.

Sendo assim, existem muitas informações passadas para a população sobre os acontecimentos que permeiam o Poder Judiciário das quais muitas não possuem a realidade dos fatos, isto porque, faltam pesquisas sobre a veracidade das informações que serão transmitidas em rede televisiva por parte da própria emissora.

Vale ressaltar ainda que pesquisas demonstrada pela Rede Globo (2016), apontam que o brasileiro gasta um tempo considerável das suas 24 horas diárias em frente à televisão, recebendo uma gama de informações, das quais muitas são editadas para uma interpretação, talvez, equivocada. Registre-se um dado importante: “Pessoas que vêem televisão por muito tempo estão propensas a crer que a televisão exhibe o mundo real ou então que o mundo real deve conformar-se com as regras da televisão” Gerbner, Gross, Morgan e Signorielli (1994, p. 4), ou seja, isto se tratando de Brasil e a qualidade dos programas televisivos é um fato preocupante.

Acontece que o povo brasileiro em sua maioria esmagadora possui baixa escolaridade, consequência de uma má gestão política em diversos setores de investimento, e com isso há impactos que muitos desconhecem.

Segundo fala do economista e pensador brasileiro Eduardo Giannetti da Fonseca (2013), em entrevista concedida ao programa “Roda Viva”, após algumas pesquisas os médicos cientistas notaram que crianças de 0 a 3 anos estão com o cérebro em fase de formação e por este motivo são mais vulneráveis a algumas bactérias e/ou vírus, os quais são prejudiciais ao seu desenvolvimento psicológico, e infelizmente no Brasil o saneamento



básico é extremamente precário, aliado a isso, a grande parte da população brasileira vive nestas condições e com taxas de natalidade elevadas, isto é, muitas das nossas crianças, hoje jovens adultos podem fazer parte deste grupo e possuir o intelecto defasado, reflexo de uma infância sem as estruturas mínimas para sobrevivência.

Em síntese, o que vislumbramos é um grande número de pessoas, por vezes com baixa escolaridade, o que as tornam em sua grande maioria sensivelmente mais fácil de serem persuadidas. Em outras palavras, a política quando controla a mídia conseqüentemente, pode lograr êxito na manipulação da população, e quando este fato não ocorre, esta mesma parte dos cidadãos brasileiros ficam limitados as mensagens que as “capitanias midiáticas” transmitem.

Basicamente, este é um problema grave para o sistema judiciário do país, no que diz respeito ao cumprimento das suas funções, a exemplo disso, se a sociedade é influenciada a pressionar por meio de manifestações populares o Supremo Tribunal Federal a tomar um posicionamento, é inequívoco que isto vai influir no posicionamento da Suprema Corte, mesmo porque isso faz parte da Democracia, contudo é algo temerário para a segurança jurídica do direito brasileiro.

Ademais, vale salientar que a atenção dada ao “clamor público” pelo Judiciário deve ser medida, isto é, é importante acolher a opinião do povo, e como o Estado brasileiro Democrático de Direito isto advém inclusive de princípios protegidos Constitucionalmente, os quais jamais deverão ser violados. Por este mesmo motivo, é que o direito em si precisa acompanhar o dinamismo da sociedade. Na reprodução de Adilson Abreu Dallari (ibidem, p. 2), e dos dizeres oportunos do Ministro do Supremo Tribunal Federal, Eros Grau:

“O direito é um organismo vivo, peculiar porém, porque não envelhece, nem permanece jovem, pois é contemporâneo à realidade. O direito é um dinamismo. Essa a sua força, o seu fascínio, a sua beleza. É do presente, na vida real, que se tomam as forças que lhe conferem a vida. E a realidade social é o presente; o presente é a vida – e vida é movimento. Assim, o significado válido dos textos é variável no tempo e no espaço, histórica e culturalmente. A interpretação do direito não é mera dedução dele, mas sim processo de contínua adaptação de seus textos normativos à realidade e seus conflitos.”

Por conseguinte, parece-nos pacífico o entendimento de que o Direito precisa acompanhar o movimento da realidade em que ele se aplica, por outro lado, a população que

exige justiça e reclama ao Poder Judiciário medidas adequadas frente à tutela dos direitos e deveres, de igual forma, carece deste mesmo elemento, tendo em vista que a mídia promove uma enxurrada de informações projetadas e intima os indivíduos a refletir sobre determinado assunto. Sobre isto, André Schreiber (2013, p.11), ratificou o fenômeno chamado de “o segundo Dilúvio” por Roy Ascott, em uma entrevista realizada em um evento aqui no Brasil.

Para André Schreiber (2013, p.11), este é um fato bastante complexo, dada as suas devidas proporções:

“Trata-se, na verdade, de uma transformação bem mais profunda, que, alterando a própria estrutura “autoritária” dos meios tradicionais de comunicação de massa, convoca os indivíduos a participarem ativamente não apenas da seleção, mas da própria construção e depuração das informações que recebem, exprimindo, nesse sentido, um caráter genuinamente “revolucionário””.

Ainda nas palavras muito bem colocadas de André Schreiber (2013, p.13):

“Para muito além do fenômeno das redes sociais, a interatividade torna-se a pedra de toque dos novos *fronts* comunicativos, prometendo e, já em alguma medida, produzindo um impacto realmente transformador em setores tão fundamentais da vida social quanto a Educação, a Política e as Artes”.

### **2.1.2 Resultado: Julgamentos “sugestionados”**

Seria possível listar alguns eventos que tais meios de pressão foram muito decisivos, os quais não muito distantes da nossa realidade, como o julgamento do goleiro de futebol do time Flamengo, do Estado do Rio de Janeiro, que foi acusado de homicídio qualificado e os meios de comunicação o mantiveram em evidência durante meses e meses, bem assim o julgamento da Ação Penal 470, vulgarmente conhecida como “Mensalão”, também processada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) que até o presente momento se encontra em trâmite.

Volto a salientar o pensamento contemporâneo explanado por doutrinadores como Canotilho, Barbosa Moreira, Aury Lopes Jr. que esta conexão entre sociedade e Poder Judiciário deve existir sempre; contudo, deve ser coerente, tendo em vista o devido processo legal e todos os demais princípios norteadores do Direito.

Para Canotilho, em entrevista concedida ao Jornal Folha de São Paulo, no dia 22 de maior de 2014, o Supremo Tribunal Federal (STF), é um dos tribunais mais poderosos do mundo, o que inclusive, lhe põe a dúvida se realmente esta competência não prejudica a justiça.

O constitucionalista compara, ainda, o STF com o egrégio tribunal norte americano, aquele dos Estados Unidos da América (EUA), e explica que o tribunal brasileiro possui um sistema de fiscalizações que não existe nos EUA, e, além disso, menciona que o STF “articula as dimensões de tribunal de revisão com as funções constitucionais”. E ainda: “Tenho dito: o Brasil tem uma outra Constituição feita pela jurisprudência sobretudo do STF. Os tribunais constitucionais [de outros países] não tem essas funções, de serem tribunais penais. E por isso é que digo que [o STF] é o tribunal com mais força.”. Canotilho ressalta também que com relação aos tribunais europeus, o Supremo Tribunal Federal é sem dúvida muito mais poderoso, isto porque, o mesmo acumula competências e poderes, enquanto que os outros são só constitucionais.

Ele que é uma das referências mais utilizadas pelo STF em seus julgamentos, agora assume uma posição um tanto quanto crítica acerca da mais alta Corte brasileira. Para ele o Brasil possui uma opinião pública que nos mais variados momentos da vida, uma “catarse”.

Um ponto crucial da entrevista, que embora esteja direcionada à Ação Penal 470, foi o momento em que Canotilho expressou sua opinião acerca da visibilidade que o Supremo tem, mais especificamente diante da transmissão ao vivo dos julgamentos pelo canal “TV JUSTIÇA”.

“Eu tenho uma visão conservadora quanto a isso. Os trabalhos do Supremo consagram audiência pública, a não ser quando há questões de reserva, de dignidade e segurança. Mas os tribunais sempre foram locais de publicidade crítica. Me custa mais aceitar os novos tempos, aquilo ser transmitido para o mundo. Não sou das pessoas mais entusiasmadas com a TV Justiça. Eu não gosto.”

Com isso o mesmo explicou que se opõe a este tipo de audiência televisionada, pois pode ser que não interfira no comportamento do magistrado que esta sendo filmado, mas interfere na “espontaneidade” do argumento e do contra-argumento. Além disso, ele supõe que os juízes, com certeza, ficam menos à vontade diante das câmeras. Já com relação aos resultados em termos de justiça ele preferiu não se posicionar efetivamente, mas ratificou que não gosta deste tipo de processo.

## 2.2 A POLÍTICA X PODER JUDICIÁRIO

### 2.2.1 A reflexão política no século XX

Partindo de toda esta inquietação apresentada frente ao atual cenário político brasileiro e de uma perspectiva em que o homem ao longo da história vem se surpreendendo com a sua própria capacidade, e por novas visões vem redescobrimo o mundo, ou forma de lidar com o mesmo, eis que sopesamos uma reflexão da política no século XX até os dias de hoje e como ela vem se deparando com o judiciário.

Nos dizeres de Hannah Arendt (1968, p. 10), de fato o fenômeno totalitário revelou que não existem limites às deformações da natureza humana e que a organização burocrática de massas, baseada no terror e na ideologia, criou novas formas de governo e dominação, cuja perversidade nem sequer tem grandeza.

Acompanhando o pensamento da autora, recordamos do problema clássico colocado por Platão há muitos e muitos anos, quando diante destas novas formas de dominação e poder, os padrões morais e as categorias políticas que eram conhecidos e institucionalizados na história da tradição ocidental se tornaram muito rapidamente frágeis, impróprios para o regimento da sociedade. Ou ainda, pela proposta de Hegel, que explicou a inadequação das antigas camadas políticas e moldes morais, como levianas para entenderem a realidade histórica e os acontecimentos que criaram o mundo moderno.

Hannah Arendt citando Karl Marx, Kierkegaard e Nietzsche, verificou que os pensadores anteciparam no campo do pensamento o “esgarçamento da tradição”, tendo o estudioso Hegel como ponto de partida. Nessa situação Arendt (1968, p. 11) explica.

“De fato, Hegel foi o primeiro que se afastou de todos os sistemas de autoridade, pois, ao vislumbrar o desdobrar completo da História Mundial numa unidade dialética, minou a autoridade de todas as tradições, sustentando a sua posição apenas no fio da própria continuidade histórica. De mais e mais, a história da Filosofia Ocidental que se tinha constituído no conflito bipolar entre o mundo das aparências e o mundo das idéias verdadeiras, perdeu parte do significado quando Hegel procurou demonstrar a identidade ontológica da idéia e da matéria em movimento dialético - o real é racional e o racional é real – desgastando, conseqüentemente, o sentido clássico da aporia imanência *versus* transcendência. Marx,

Kierkegaard e Nietzsche, diante deste impasse, preocuparam-se novamente com a qualidade do humano e perceberam pontos básicos do conflito entre a contemporaneidade e a tradição”.

Essencialmente os três intelectuais se opuseram ao conceito tradicional do homem como ser racional, baseando-se na vontade de poder do homem e na sua capacidade de produção. Contudo, Marx inaugurou numa outra perspectiva, ele certificou igualmente o antagonismo entre o pensamento clássico e as condições políticas da modernidade trazidas pela Revolução Industrial e Francesa. Neste dado momento Hannah Arendt expõe que Marx selou a tradição derrocando por vezes o seu pilar de sustentação, através de alguns dos seus conceitos basilares, Arendt (1968, p. 14), a saber:

“(i) *o trabalho cria o homem*, o que equivale a dizer que o homem cria a si mesmo pelo trabalho e que, portanto, a sua diferença específica é ser *animal laborans* e não *animal rationale*. Não é preciso salientar que esta posição implica um ataque a Deus, como criador do homem, numa reavaliação do trabalho que até então fora uma atividade desprezada em termos da problemática filosófico-política e numa afronta à tradicional dignidade da razão; (ii) *a violência é parteira da História*, o que significa uma contestação à faculdade específica do homem, segundo os gregos, que seria a de conduzir os negócios da *polis* através da capacidade dos homens livres de se persuadirem pela palavra. A violência, no contexto clássico, seria uma *ultima ratio*, aplicável apenas na relação entre os bárbaros, onde imperava a coerção – e por isso é que eram bárbaros – e com os escravos forçados a trabalharem – e por isso que sua atividade não era digna, pois não implicava no uso da dialógica da palavra; (iii) e, finalmente, a *atualização da Filosofia na Política*, que implica no fim de um ciclo do pensamento, iniciado quando um filósofo – Platão se afastou da Política para retornar a ela impondo os seus padrões, e encerrando quando um filósofo – Marx – se afastou da Filosofia para a Política[...]

Para Arendt (1968), a Filosofia Política de Marx, estava mais preocupada com o futuro, o passado não mais importava a projeção para o futuro é que era de extrema importância, principalmente depois das indigitadas revoluções que ocorreram na Europa, contaminando todo o mundo, onde o capitalismo imperava cada vez mais e a história servia de modelo.

É fácil lembrar, por isso mesmo, da luta de classes, quando o estado começou a ter uma estrutura organizacional fabricada pelo capitalismo em massa, onde a capacidade individual era sobrevivência, todavia sobressair-se era impraticável, em verdade, para alguns isso ocorreu, mas não foi “prático”, deixou marcas ou trouxe inúmeros problemas. Nessa

sociedade de classes, transitar nunca foi comum, você se mantém aonde nasce, e lá no topo se mantém aquele que “faz”.

Segundo Marx, uma sociedade perfeita seria aquela sem classes, onde os feitos serão irrelevantes, “Na sociedade sem classes os feitos terão o mesmo significado que as tábuas e pregos para uma mesa acabada”, não servirão para nada, perderão o sentido.

Por este motivo, é que a tradição entra em colapso, e não consegue acompanhar o pensamento moderno, os conceitos contemporâneos baseados nas Ciências Sociais, Economia e na Ciência Política que por sua vez alteram a noção de teoria e dão espaço ao conhecimento, segundo Arendt.

Quem detém o diálogo seguramente tem espaço, o espaço da palavra e da ação. Compartilhando as palavras de Hannah Arendt, estruturadas no pensamento de Kant, abordando a “mentalidade alargada” que possui como ideia central o diálogo. Habilidade Política, o *insight*, é a capacidade de perceber e formular estes juízos. Entretanto, nos dizeres de Arendt (1968, p. 18), essa tal habilidade não se confunde:

“[...] que não é a mesma coisa que a sabedoria dos filósofos, como nos aponta Aristóteles no Livro VI da Ética de Nicômaco, pois se trata de um pensamento tópico, que se extrai de opiniões e não de proposições universais. Conforme se verifica, o modo de asserção da Política, nesta perspectiva, implica num elemento de persuasão – “All governments rest on opinion”, como aponta James Madison – que confere ao discurso político, para retomar a distinção de Tércio Sampaio Ferraz Jr., uma estrutura dialógica, cuja validade não é universal”.

Uma questão central da política é o problema da “verdade factual”. Desta sorte, o problema da “verdade factual” pode não ser apenas e meramente o erro, a gravidade deste dilema esta na medida em que ele pode se tornar uma mentira, Arendt (1968, p. 19):

“Ora, a mentira, nos sistemas políticos tradicionais, era limitada porque, sendo limitada a participação política, ela não implicava normalmente em auto-ilusão – os que a manipulavam sabiam distinguir a verdade da mentira”.

De acordo com a filósofa política alemã, no mundo contemporâneo estas dicotomias tendem a desvanecer-se, haja vista as novas metodologias de difusão, aliadas à incorporação das massas nos sistemas políticos, ocasionaram em inovações nas modalidades de manipulação de opinião, como por exemplo, o *image-marking*, aquele responsável pela

transformação da realidade, isto é, manuseia com muita cautela que verdade sobre a realidade será passado para o povo, e como está informação será difundida.

Sob esta perspectiva é que já fazemos um link com os dias atuais, como já foi dito em tópicos anteriores, grande parte da população é alienada, alienada porque são controlados por estes instrumentos de manipulação, e alienada porque estão inertes perante a educação.

Com toda essa exposição de fatos históricos, é fácil perceber todo esse elo entre a política, a mídia e o povo, como um conglomerado de relações cruzadas propositalmente com um único fim, controle.

### 3. APLICAÇÃO DA PENA SOB A ÓTICA DOS PRINCÍPIOS PENAIIS

#### 3.1 OS PRINCÍPIOS, VALORES E REGRAS

O ordenamento jurídico é um conjunto de princípios, valores e regras estruturado de uma forma complexa, resultado de um longo processo legislativo com o objetivo de abarcar na sua totalidade o dinamismo que a sociedade promove diante de todas as situações que ocorrem no dia a dia.

Em síntese, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello (2000, p.747), os princípios formam um mandamento nuclear dentro de um sistema, isto é, sua base fundamental para nortear a essência das demais normas. Afonso da Silva (2013, p.96), também explica que os princípios são ordenações, ou “núcleos de condensações” nos quais convergem valores e bens constitucionais, o que parece semelhante ao “mandamento” do conceito citado acima.

Para José Joaquim Gomes Canotilho princípios são como “normas que exigem a realização de algo, na melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fácticas e jurídicas” (CANOTILHO, 2003, p. 1255).

Por outro lado, as regras embora também sejam espécies das quais as normas são gêneros, estas são caracteristicamente distintas. Assim, as regras possuem uma estrutura fechada, restritas a situações já pontuadas, com obrigações, permissões ou proibições já presentes no texto, de forma mais objetiva, de acordo com (BARROSO, BARCELLOS, 2003, p.148).

Estes institutos inseridos no ordenamento mesmo que estruturalmente organizados, necessitam de uma afinação, isto é, nas palavras de Paganella Boschi (2013, p. 23), citando inclusive Norberto Bobbio:

“É insuficiente, portanto, a concentração do esforço só nas regras positivadas se o objetivo for a ampla e completa visualização do sistema ou microssistema jurídico com o qual o intérprete pretende operar. A metáfora de Bobbio é bastante elucidativa: para conhecer às árvores, é necessário conhecer toda a floresta!”



Eis que observamos a presença da necessidade de uma interpretação completa diante do sistema jurídico, o qual parte da análise de categorias, axiológicas e deontológicas constantes dos diplomas normativos.

Já é notório que o ordenamento jurídico não é tão eficiente de forma a abarcar todas as situações que demandem respostas concretas que solucionem o caso. É neste momento que surge a importância dos princípios. Para Boschi (2013, p.24), esta é a ocasião que o julgador precisa reinterpretar o direito, ou seja, conciliar o normativo e o justo, pois nem sempre há harmonia entre o direito e a Justiça ou entre as regras ou princípios em seu mundo de relações.

Neste sentido, é que grande parte dos doutrinadores como Alexandre de Moraes, Paulo Bonavides, Canotilho, Dalmo Dallari entendem e constata a insuficiência do direito positivo, o qual simplesmente aposta apenas nos textos como aparato da justiça e do direito, fazendo do jurista um mero interpretador.

É evidente desta forma a importância dos princípios, que segundo Boschi (2013, p. 27) reproduzindo Carnelutti, “os princípios estão contidos no ordenamento do mesmo modo como o álcool está contido no vinho”. Criando assim, uma interdependência na produção e interpretação do direito.

### **3.2 OS PRINCÍPIOS APLICÁVEIS ÀS PENAS**

Este capítulo vem abordar a seguir os princípios existentes no nosso ordenamento jurídico que guardam plena pertinência com a aplicação das penas, funcionando como norteadores do aplicador da lei no processo penal.

De acordo com Cezar Bittencourt (2013, p. 40), o artigo 5º da Constituição Federal de 1988, prevê os “Princípios Fundamentais de Direito Penal de um Estado Social e Democrático de Direito”, esses são os princípios considerados fundamentais a garantia do cidadão frente ao poder punitivo do Estado.

No que diz respeito à aplicação da pena, podemos listar aqueles consideráveis mais importantes sejam: Legalidade, Humanidade, Personalidade, Culpabilidade, Individualização e o da Proporcionalidade aqui alvo central desta pesquisa.

### 3.2.1 Princípio da Legalidade

Necessariamente, precisamos iniciar a demonstração dos correlatos princípios por aquele não mais importante, todavia essencialmente prioritário no sistema normativo. O princípio da legalidade está previsto no inciso XXXIX do artigo 5º da CF/88, como também, no artigo 1º do Código Penal brasileiro escrito “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”, além de está contido nos artigos 1º e 45º da Lei Execuções Penais, que asseguram ao condenado a efetivação dos direitos não alcançados pela sentença baseados na lei penal.

Aos iniciarmos o estudo do mencionado princípio, de logo nos deparamos com a expressão em latim “*nullum crimen, nulla poena sine lege*”, dita pelo ilustre Feuerbach no início do século XIX em 1813, citada por Paulo Queiroz (2011).

De acordo com Salo de Carvalho (2001) e para Boschi (2013, p. 37), este foi definido por Ferrajoli como um dos primeiros postulados do positivismo jurídico, o qual estabeleceu que apenas a lei pudesse dizer o que era delito, afastando outras fontes externas, como por exemplo, a moral.

Insta salientar que desde os tempos mais primórdios este não era um princípio adotado pelos ordenamentos, e só veio firmar-se na Carta Magna inglesa em seu artigo 39, contudo ainda com pouca força, pois tinha tímidas atribuições; já no Brasil, esteve presente em todas as Cartas Constitucionais, desde a Constituição Política do Império do Brasil de 1824, artigo 179, inciso XI. Claramente ignorado pelos direitos medieval e germânico, os quais eram abancados no costume, sua difusão só se deu com o Iluminismo, para ingressar no *Petition Of Rights* em 1774 e nos demais ordenamentos jurídicos pelo mundo Boschi (2013, p. 38).

Beccaria (1996, p. 30), já mencionava o conceito deste princípio como algo basilar para a aplicação das penas “A primeira consequência destes princípios é que só as leis podem determinar as penas fixadas para os crimes, e esta autoridade somente pode residir no legislador, que representa toda a sociedade unida por um contrato social”.

Segundo Paulo Queiroz (2011), o epigrafado princípio tem como finalidade básica evitar, afastar qualquer tipo de arbitrariedade a ser eventualmente cometida pelo Estado, bem como, coibir algum excesso à liberdade individual provocada pelo mesmo. Como podemos perceber este nasceu como um princípio controlador do próprio Estado para consigo mesmo, limitando inteligentemente o poder punitivo deste. Assim sendo, a pena só poderá ser aplicada

e executada quando contida previamente em lei vigente no ordenamento, e o Estado jamais poderá usar de normas infralegais para produzir a punição, ora editar lei posterior para tanto.

Ocorre que, na ideia de Carvalho (2001, p. 108), é perceptível a discussão, principalmente entre os juristas estudiosos do Direito Penal e Constitucional, sobre o fato de que os operadores do direito que possuem a responsabilidade de aplicar uma sanção perante um acusado, estão previamente contaminados com a mera posição que o indivíduo ocupa como parte “Ré” de um processo, o que de certa forma, evidencia a ineficácia de um sistema normativo. Vejamos:

“Como ensina Streck, é relativamente fácil delinear um modelo garantista, sendo difícil a tarefa de modelar técnicas legislativas e judiciais adequadas para assegurar a efetividade dos direitos fundamentais. Percebe o constitucionalista gaúcho que a forma de potencializar o valor normativo da Constituição é delegar ao jurista a séria tarefa de contaminar o direito infra-constitucional, pois *garantismo* deve ser entendido como maneira de fazer democracia dentro e a partir do direito[...]

De acordo com a conhecida Teoria da Pena adotada pelo Código Penal Brasileiro em seu artigo 59, chamada de Mista ou Unificadora da Pena, que vem sendo discutida ao longo dos anos, e que não iremos nos aprofundar aqui, a mesma se pauta nos critérios da reprovação e da prevenção, os quais sabemos que não estão sendo eficazes, tão logo as penas estarem longe de cumprirem as suas finalidades. Confluyente a isto, e mais essencial no momento, é a margem de subjetividade que paira pelo texto legal do artigo 59, permitindo que o juiz use de sua discricionariedade na fixação de penas, que pasmem, não cumprem com sua função, Santos (2005).

Assim, ainda que beirando substancialmente a técnica processual penal, vemos que, de acordo com Carnelutti (1995, p. 34):

**“O princípio do colégio judiciário é verdadeiramente um remédio contra a insuficiência do juiz,** no sentido de que, se não a elimina, ao menos reduz. Em outras palavras, o juiz colegiado está menos longe do que o juiz singular daquilo que o juiz deveria ser; mas a convenção é que o colégio alcance a unidade, ou seja, que entre os juízes singulares se estabeleça o acordo, que não significa tanto a identidade de opiniões quanto paridade de tendências para a verdade.” (Grifo nosso).

Neste sentido, é que segundo Binder (2003, p. 7) “embora a ciência do Direito ocupe-se principalmente de normas jurídicas, o jurista não deve ignorar o fundamento dessas normas, como tampouco, pode ignorar o funcionamento no campo da vida em sociedade”.

Para Sérgio Salomão Shecaira e Alceu Corrêa Júnior, o princípio da legalidade no bojo do direito penal, pode ser visto sob três aspectos, isto é, em outros três princípios, os quais formam o seu conteúdo: o da reserva legal, o da irretroatividade e o da enunciação taxativa.

Sobre o princípio da reserva legal, o mesmo expressa uma ideia de confinamento do crime aos tipos penais, ou seja, “deve ser entendido como exigência de lei para criminalizar condutas ou impor penas, excluindo-se os costumes e os princípios gerais de Direito como fontes do Direito Penal, ao menos no que concerne às normas incriminadoras” Shecaira (2002, p. 77).

De acordo com José Antonio Paganella Boschi, citando Oscar Melin Filho, a reserva legal além de ter uma função política de garantia, os tipos penais cumprem ainda o que a doutrina chama de função “seletiva de condutas negativas” que precisam ser “punidas com a mais eficaz das sanções jurídicas”.

Nesse diapasão, o segundo aspecto da legalidade, aquele da irretroatividade da lei, proibindo a retroação de leis penais, salvo para benefício do réu.

Vale dizer que, em regra, o processo legislativo sempre irá trabalhar com os olhos no futuro, tentando prevê demais situações que ainda não estão contidas nas normas penais e/ou processuais penais. Ocorre que, a lei penal nunca irá retroagir para atacar um caso que a antecedeu, salvo quando for para benefício do próprio agente passivo da ação, mesmo que esta esteja no período de *vacatio legis*, até mesmo para desconstruir sentença penal condenatória não mais apta para recurso, vide inciso XL, artigo 5º da Constituição Federal e Súmula 611 do Supremo Tribunal Federal.

A terceira e última concepção do princípio da legalidade é a da enunciação taxativa, o que em sentido estrito revela a obrigação das leis penais, principalmente aquelas de natureza incriminadoras, que sejam mais claras, exatas e precisas na medida do possível, vetando a produção de normas ambíguas, equívocas ou vagas, de uma forma que possibilite um número significativo de interpretações distintas, ou ainda que poucas diametralmente opostas. Em suma, isto faz parte do garantismo penal que molda todo o princípio da legalidade.

Um bom exemplo em desalinho com a enunciação taxativa, citado por Boschi (2013, p. 42) é o do artigo 280 do Código do Império, imposto como crime o ato de “praticar

qualquer ação que na opinião pública seja considerada como evidentemente ofensiva da moral e bons costumes, sendo em lugar público”.

### 3.2.2 Princípio da Humanidade

Como já sabemos, ao observarmos a mudança do Direito Penal ao longo da história, com o Iluminismo, originou-se o Direito Penal Moderno, e com ele vem a máxima oposição às penas de morte, isto é, tem como um dos seus pilares o repúdio a qualquer tipo de pena cruel, ou a acusações infundadas, provas ilegais, à barbárie das fogueiras, em suma, qualquer perseguição desenfreada a punição deveria ser extinta.

De certa forma, essa era a atitude mais correta a se tomar, principalmente depois da grande influência do contratualismo sobre as pessoas, que na condição de “indivíduos-no-mundo” decidiram agir, muitos, carregados de ódio e sofrimento devido aos acontecimentos daquela época, que por meio do chamado “homem artificial” interviam na aplicação das penas cruéis, degradantes e desproporcionais que lhes eram impostas, causando padecimento físico e/ou moral. Neste sentido, na visão de Paganella Boschi, não haveria sentido ético ou jurídico manter a aplicação das penas cruéis, haja vista o fato de que permanecer com a aplicação das respectivas penas seria violar frontalmente os deveres assumidos quando da celebração do Contrato Social.

Nesta perspectiva, o clássico Cesare Beccaria, é citado como o marco da nova filosofia, a qual visava à moderação e a humanidade das penas, Boschi (2013, p. 47).

“[...] cuja a imposição teria a ‘finalidade única de obstar o culpado de tornar-se futuramente prejudicial à sociedade e afastar os seus patrícios do caminho do crime’, de modo que ‘qualquer excesso de severidade’ tornaria a pena supérflua ‘e por isso mesmo tirânica”.

Ocorre que com a existência de penas excessivas e cruéis, bem assim, arbitrárias e bárbaras que pairavam sobre os tempos da Idade Média, o sentimento de humanidade escorou a necessidade da candura das penas, corroborando que não era pela ferocidade das penas que se preveniam os crimes, mas sim pela efetiva punição.

Beccaria (1996, p. 71), também mantinha posição na medida em que defendia um pena mais “rápida”, ou seja, mais próxima do delito, em sendo assim, proporcionalmente mais

humana, moderada “Quanto mais rápida for a pena e mais próxima do crime cometido, tanto mais será ela justa e tanto mais útil”.

Vale ressaltar que esta corrente de Cesare Beccaria partiu dos conceitos extraídos no Iluminismo e alastrou-se por textos normativos bem conhecidos, como por exemplo, as Constituições brasileiras.

Grande exemplo disso foi a Declaração dos Direitos da Virgínia, de 16 de junho de 1776, na seção IX, a qual veio a proibir cauções demasiado elevadas, sem contar das multas excessivas ou da infligência de “penas cruéis ou aberrantes”.

O autor ainda enumera mais um exemplo, o qual se mostrou avesso às penas cruéis e incomuns aplicadas na Idade Média, que foi a Emenda VIII à Constituição de Filadélfia, ratificada em 1791, bem no ápice da Revolução Francesa.

Ainda sob os mesmos termos e tão importante quanto, senão a aprovação mais relevante dentre os exemplos já citados acima, Boschi (2013, p. 47), lembra a Declaração de Direitos do Homem, aprovada na Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU), no artigo 5º, quando estabeleceu que “ninguém será submetido à tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante”, mesmo com o notório tratamento desumano e cruel dentro das penitenciárias, onde as penas privativas de liberdade são executadas e que anteriormente foram instrumentos essenciais à racionalização das penas; hoje, sabemos que não mais cumprem com este papel, já que os presidiários sequer possuem espaço básico de convivência, ou alimentação básica, ora mal consigam ocupar o mínimo espaço dentro das selas, onde “espaço” já não existe mais, sem falar do mau cheiro, ou falta de saneamento básico, e ainda o “bom” tratamento recebido pelos agentes penitenciários.

Evidentemente que a ideia se multiplicou e os diplomas legislativos se espalharam por todo o mundo com ressalvas pertinentes acerca da abolição das penas cruéis e incomuns, não diferente no âmbito nacional brasileiro esta surgiu com a aprovação da Carta Magna de 1988, a qual consagrou o princípio da humanidade das penas, a partir da análise dos incisos XLIX e L do artigo 5º, é possível perceber a presença do princípio em questão, que garante o respeito à integridade física e moral dos presos e afiançando às mulheres condenadas a regime de reclusão as condições necessárias para que possam durante o período da amamentação que é, em regra, até os 6 (seis) meses de idade da criança, permanecer com seus filhos.

É interessante frisar que ao observarmos o inciso XLVII, do referido artigo da Constituição Federal de 1988, percebemos com mais alento a presença do princípio

supramencionado, com a proibição clara das penas de morte, aquelas cruéis, todavia nos casos de guerra declarada, de trabalhos forçados, de caráter perpétuo e de banimento, há exceções previstas.

Mantendo posição que converge para este ideal, a ilustre penalista René Ariel Dotti (1998, p. 222), outrora, defendeu que a humanização das penas decorre do sentimento de boa-fé do homem, na medida em que muito embora aceitem a punição, repugnam a aplicação de sanções cruéis e desumanas.

Para outros grandes mestres, Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli, a observação essencial é recordar-se do respeito a pessoa humana e à sua dignidade, visto que foi rechaçado o tratamento do homem como coisa, para eles “princípio da humanidade deduz-se proscrição das penas cruéis e de qualquer pena que desconsidere o homem como pessoa” (1997, p. 178).

Este novo aspecto ideológico da visão constitucional no território brasileiro, foi reafirmada pela Convenção Americana sobre Direitos celebrada em San José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, quando aprovada por meio do Decreto legislativo nº 27 de 1992. Insta salientar ainda que de acordo com o §2º do artigo 5º da CF, todos os Tratados e Convenções internacionais aprovados pelo Congresso Nacional brasileiro, terão, em regra, natureza supralegal, a qual garante a supremacia dos mesmos em detrimento às Leis Ordinárias, pois a Constituição ainda estará no topo da pirâmide, salvo nas hipóteses em que estes diplomas normativos forem aprovados nos termos da Emenda 45/2004, quando terão status de emenda constitucional. Sendo assim, os referidos textos, se admitidos passarão a integrar o conjunto de direitos e garantias expressos na Constituição Federal, vide Boschi (2013, p. 43).

Com a presença do princípio em análise constante do bojo do nosso sistema legislativo, a elaboração de políticas públicas voltadas à otimização do sistema penitenciário brasileiro, no que diz respeito às condições estruturais, se tornam obrigatórias e emergenciais, tendo em vista a infeliz realidade enfrentada pelos mais de 600 mil presos encarcerados atualmente no Brasil, ou de outra forma, com base na atual conjuntura, admita-se a falha do sistema prisional, e a negação do discurso Norte Americano de “*gestão da criminalidade*” utilizado para salvar a “prisão” das suas incoerências performáticas, isto é, “como instituição indispensável para o controle social exclusivo dos piores membros das *classes perigosas*, desta vez ressignificados pela retórica do risco.” Dieter (2013, p.102).

É de suma importância que a sentença condenatória ao cárcere observe o atual cenário dos presídios brasileiros, sobretudo no tocante a questões, inclusive estruturais, é inequívoca a degradante vida que os apenados suportam naquele ambiente, Luigi Ferrajoli já registrou “acima de qualquer argumento utilitário, o valor da pessoa humana impõe limitação fundamental em relação à qualidade e à quantidade da pena” (2010, p. 364).

Hodiernamente, seria tamanha hipocrisia utilizar o argumento da ressocialização como fim precípua da pena, pois devido à situação gravíssima do sistema penal brasileiro, que anda em crise explícita, juntamente com “o elevado nível do conflito psicológico dos juízes responsáveis pelas condenações”, segundo Boschi (2013, p. 48), ou seja, vivenciamos uma época em que ressocialização é a última função que a pena poderia cumprir.

Neste sentido, é que se observamos a orientação da Súmula 715 do Supremo Tribunal Federal, verificaremos que na prática, com a soma das penas impostas como base de cálculo para a concessão dos benefícios executórios, os indivíduos condenados em muitos casos acabam cumprindo penas perpétuas. Contudo, muito acertadamente a jurisprudência vem alterando este cenário, a exemplo disso foi quando solucionou o problema da progressão do regime nas condenações por crimes hediondos, anteriormente vedada pela Lei 8.072/90, a partir do resultado coerente das condenações nos crimes de tortura.

Ademais, constatamos que a ideia do princípio da humanidade influenciou muito a doutrina, no que diz respeito às eventuais incoerências acerca das condenações sobre a privação da liberdade, quando estas demonstravam e ainda demonstram em alguns casos contrassensos na cominação da pena final, Bitencourt (2009, p. 18). Em entendimento semelhante, Boschi (2013, p. 49):

“Inspirado no princípio da humanidade das penas e tendo bem presente os efeitos deletérios das prisões, Luigi Ferrajoli sustenta que o tempo de privação da liberdade jamais poderia exceder a 10 anos. De acordo com o festejado professor italiano, ‘(...) acima de qualquer argumento utilitário, impõe uma limitação fundamental à qualidade e à quantidade da pena. É este o valor sobre o que se funda, irredutivelmente, a recusa à pena de morte, às penas corporais, às penas infamantes e por outro lado à de prisão perpétua privativas de liberdade excessivamente longas”.

Sob esta perspectiva, é que o juiz criminal no momento em que sentenciar num processo de execução deve individualizar a pena, motivado e embasado, nos parâmetros do princípio da humanidade, pois sem esta correlação, ou melhor, dizendo consagração, as penas



teriam uma involução no sentido de que voltariam a ser “‘o mal’ contra o crime”, isto é, perderiam suas finalidades construtivas, o que conseqüentemente negaria o avanço da civilização.

### 3.2.3 Princípio da Personalidade

Inicialmente, é muito importante salientar que este princípio da personalidade está diretamente ligado a outros dois princípios muito importantes, quais sejam: o princípio da proporcionalidade e o princípio da individualização da pena.

Ocorre que os princípios supramencionados quando unidos, “direcionam a imposição da pena certa”, ou seja, orienta o juiz na melhor forma de aplicação da pena, desta forma, observando “os limites do necessário à retribuição e à prevenção dos ilícitos penais só ao autor do fato (artigos 5º, inciso XLVI, 29 e 59 do CP)”.

O princípio da pessoalidade visa explicar que a responsabilidade é intransferível a terceiros, ou seja, não possível transferir a responsabilidade de um delito de um indivíduo para outro. Sendo assim, vale ressaltar que é diferente das figuras do partícipe, ou concurso de agentes, já que pelo princípio em análise esta responsabilidade não poderá ser transferida “a qualquer pessoa não vinculada culposamente ao fato delituoso ao seu autor principal”, Boschi (2013, p.49).

É hoje um dos princípios mais conhecidos pela importância que tem no âmbito jurídico brasileiro, bem assim, por constar na Constituição Federal de 1988, no artigo 5º, inciso XLV: “Nenhuma pena passará da pessoa do condenado”. Primordialmente, foi previsto no bojo da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, e após foi reeditado na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

Também pensado por Beccaria (1996, p. 83), quando escreveu “Que espetáculo mais triste do que o da família arrastada à infâmia e à miséria pelos crimes do chefe, cujos atos, por causa da submissão imposta pelas leis, ela não poderia impedir mesmo que dispusesse dos meios fazê-lo?”.

Infelizmente, este princípio nem sempre foi eficaz no Direito. Na chamada fase pré-clássica, como já sabemos, a punição se dava por meio da dádiva de Deus, era uma punição divina e alcançava a todos. Além disso, existia também a vingança privada, a qual o próprio ofendido aplicava a pena por contra própria, e acabava por prejudicar todo um grupo (tribo,

clã). Boschi (2013, p. 49) cita inclusive um dito popular: “os inocentes acabavam pagando pelos pecadores”.

Além disso, existia também a vingança privada, a qual o próprio ofendido aplicava a pena por contra própria, e acabava por prejudicar todo um grupo (tribo, clã). Segundo Franz Von Liszt (1999, p.20), a convivência entre as diversas tribos provocou mudanças na reação social, ou seja, a lesão física executada a um membro de uma tribo por um membro de outra, resultou numa vingança coletiva entre as tribos que ali conviviam.

No âmbito do Brasil Império, as penas atingiam inclusive os filhos e seus descendentes, como previa o Decreto de 17 junho de 1759. O grande exemplo desta trama foi a condenação de Tiradentes, quando a casa onde sua família vivia foi arrasada literalmente logo após sua execução em praça pública, não satisfeitos tornaram o terreno improdutivo para que nada mais pudesse ser plantado ali, o que simbolizou o desejo “divino” do estado de exterminar toda e qualquer coisa com que ele se relacionava, Boschi (2013, p. 52).

Ainda sobre situações em que enseje no aumento de “condenados” da pena, poderíamos citar o exemplo de Boschi (2013, p. 50), quando tratamos do produto da sentença penal condenatória de efeitos civis, inicialmente parece uma frase equivocada, contudo é possível lembrarmos facilmente, quando da responsabilidade civil dos danos causados pela prática da infração. Em regra, esse dever é do condenado, mas, no caso do seu falecimento, passa aos seus descendentes “até os limites do valor do patrimônio transferido”, inciso XLV do artigo 5º.

No que diz respeito à violação do princípio da pessoalidade quanto aos descendentes do condenado, isto também acontece no momento em que os respectivos descendentes devem efetuar a devolução de todos os bens (carros, dinheiro, ações, casas) cuja sentença condenatória declarou artigo 92, II, a e b, do Código Penal.

Com relação ao Código Trânsito brasileiro, existem posicionamentos distintos, como por exemplo, o de Luiz Flávio Gomes e o de Maurício Ribeiro Lopes, os quais defendem que a multa reparatória constata do correlato Código de Trânsito e a prestação pecuniária, do artigo 43, inciso I, haja vista possuírem natureza indenizatória, também poderia ser exigidas aos descendentes do condenado.

Ao fim da explanação deste princípio e não menos importante, salientamos que o respectivo instituto principiológico possui intensa ligação com o princípio processual da *intranscendência*, o qual sustenta a proibição da denúncia ou queixa contra quem não possua

responsabilidade para tanto, seja como autor, coautor ou participante, tendo em vista a autêntica nulidade absoluta do processo quando intentado contra parte ilegítima, de acordo com os artigos 395, inciso II e 564, inciso II do Código de Processo Penal.

### 3.2.4 Princípio da Culpabilidade

Este é um princípio do sistema penal brasileiro que assume uma posição de reprovação ou censura pela conduta praticada por um sujeito que se encaixe nos requisitos de *imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa*. Nas palavras de Boschi (2013, p. 53):

“é a *reprovação* ou *censura* pelo fato cometido por indivíduo maior de 18 anos, livre e mentalmente são, com consciência (profana) da ilicitude e aptidão para respeitar – ao invés de violar – a lei.”

Nesta seara, quando o agente atua tendo total consciência da ilicitude da sua conduta, e, além disso, insiste em violar a lei por vontade própria, mesmo que tenha o dever jurídico de agir contrariamente, este se torna culpável, já que incorreu nos três elementos básicos supramencionados.

Já do ponto de vista de Delmanto (1986), seu posicionamento lastreasse na medida em que a culpabilidade por ser determinada como “forma de aferir o maior ou menor índice de reprovabilidade do agente, não só em razão de suas condições pessoais, como também em vista da situação de um fato em que ocorreu sua conduta.”.

Baseando-se nestes termos é que a *culpabilidade*, como elemento do crime, visa diminuir penas injustas baseadas somente em um resultado maléfico, pois delimita que somente quem age com dolo ou culpa faz jus à punição. Neste sentido, é que a mesma deve ser motivada com base na conduta praticada, pois não há pena sem culpabilidade.

É importante lembrar que não se confunde a *culpabilidade* com os elementos subjetivos da conduta: dolo ou culpa; pois estes são meras expressões que marcam a atitude do eventual autor do crime, no sentido de valorar a possibilidade da atribuição subjetiva ao sujeito atuante, todavia não são suficientes para fundamentar tal imputação delituosa, porque com eles existem os elementos da culpabilidade para serem analisados concorrentemente.

Por fim, este é um princípio que segundo Boschi (2013, p.53), foi inserido no artigo 59 do Código Penal equivocadamente como “*circunstância judicial* e não como fundamento para

a imposição e limite na qualificação da pena...”, inclusive, por erros metodológicos, mas também, pela sua base filosófica e evolução histórica.

### 3.2.5 Princípio da Individualização da Pena

Este é o princípio que garante a cada condenado, uma punição específica a partir da análise do fato constitutivo do crime, e de seu histórico pessoal, com fulcro no artigo 5º, XLVI da Constituição Federal, bem como no artigo 5º, 8º, 41, XII e 92, parágrafo único, II, da Lei de Execuções Penais e de acordo com o artigo 34 do Código Penal. Cada um receberá a pena que lhe é devida. Interessante frisar que este é um instituto que tem como base um argumento Aristotélico, sobre o que é justo? O que é justiça? Mesmo hoje com a crise da pós-modernidade, o Direito tenta se atrelar aos mais diversos modelos de sociedade para enfim alcançar o seu ápice ideológico.

No conceito de José Antonio Paganella Boschi (2013, p. 53), “Individualizar a pena é torna-la única, singular, específica para o caso concreto e seu autor. A garantia previne o tratamento de massa em direito penal.”.

O processo de individualização da pena é constituído basicamente por três fases: a criação da lei pelo legislador, após, a fase de conhecimento pelo juiz da condenação, e, por último, a fase final, que é a execução da pena, que contará com a participação do juiz da vara de execuções e dos órgãos da administração pública.

Vale ressaltar que, por óbvio, independentemente da fase da individualização da pena, esta deverá respeitar essencialmente os princípios da *razoabilidade*, *proporcionalidade* e o da *conformidade do processo executório*.

Sob esta perspectiva, é que o referido processo do qual tratamos neste tópico, é ainda mais amplo do que a própria atividade de aplicação da pena, a qual é objetivamente “a quantidade *certa de pena* necessária e suficiente para os fins da prevenção e da repressão penal.”, devido justamente ao procedimento intelectual e analítico que a individualização da pena exige.

### 3.2.6 Princípio da Proporcionalidade

Elemento dos mais importantes desta pesquisa, é que se encontra este tão admirável princípio, sem ele as sentenças penais condenatórias com certeza seriam ainda mais carregadas pela ausência de imparcialidade e alimentadas unicamente pelas influências extras o caso concreto, ou muito esdruxulamente o direito.

Certamente, de acordo com Bitencourt (2009, p. 24), tem por finalidade precípua equilibrar os anseios da coletividade com os direitos individuais, adotando assim pensamentos Utilitários e ao mesmo tempo Libertários. Ele é um instrumento importante, o qual nasce para ser utilizado na manutenção da ordem determinada pela Constituição Federal, como também, na proteção dos direitos fundamentais das pessoas, contudo ainda vem ganhando espaço no sistema nacional.

Na doutrina é entendido como princípio situado no mais alto patamar, isto é, de grande relevância para o direito penal e não poderia ser diferente, tendo em vista seu surgimento desde a antiguidade clássica, com os argumentos de Aristóteles frente à problemática tão antiga e atual concomitantemente, sobre o que é justo? “espécies do gênero ‘proporcional’ porque ‘a proporcionalidade não é uma propriedade apenas das quantidades numéricas e sim da quantidade em geral’”.

No século XVIII, Cesare Beccaria foi quem desenvolveu melhor a ideia de proporcionalidade e avocou para este maior responsabilidade. Boschi (2013, p. 54), explica:

“Reagindo contra o direito penal do horror – que vigeu durante a Idade Média – Beccaria, no seu monumental *Dos Delitos e das Penas*, denunciava que o fim destas ‘... não é atormentar e afligir um ser sensível, nem desfazer um crime que já foi cometido... Os castigos tem por fim único impedir o culpado de ser nocivo futuramente à sociedade e desviar seus concidadãos da senda do crime. Entre as penas e na maneira de aplicá-las proporcionalmente aos delitos, é mister, pois, escolher os meios que devem causar no espírito público a impressão mais eficaz e mais durável, e, ao mesmo tempo, menos cruel no corpo do culpado”

Ainda nestes termos é que Beccaria (1996, p. 30), define a sua ideia sobre o Princípio da Proporcionalidade:

“Nenhum magistrado (que é parte da sociedade) pode, com justiça, aplicar pena a outro membro dessa mesma sociedade uma pena,

superior ao limite fixado pelas leis, é a pena justa acrescida de outra pena. **Portanto, o magistrado não pode, sob qualquer pretexto de zelo ou de bem comum, aumentar a pena estabelecida para um delinquente cidadão**”. (Grifo nosso).

Na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão essa proibição do excesso veio a ser incorporada a partir da concepção iluminista da época que se mostrava muito forte, e por volta de 1789, foi integrada ao artigo 8º da indigitada Declaração, que diz: “*a lei não deve estabelecer outras penas que as estritas e necessárias*”, exatamente como já pensava Beccaria.

Entretanto, foi, somente em 1958, na Alemanha, que o Tribunal Constitucional Federal atribuiu ao princípio da proporcionalidade a natureza de norma constitucional não escrita, quando julgava o caso Luth.

De acordo com Boschi (2013, p. 55), anteriormente a vigência da Lei Fundamental de 1949, entendia-se o legislador com poderes jurídicos ilimitados, já que o parlamento inglês “podia fazer tudo, menos transformar homem em mulher ou uma mulher em homem!” – “*The Parliament can do anything, but not change a man into a woman or a woman into a man*”. Contudo, após a passagem pelos governos totalitários e, dos ensinamentos da Segunda Guerra mundial, os juristas perceberam que os legisladores deveriam sim, ter poderes limitados.

No início da sua aplicação este princípio da proporcionalidade era destinado apenas ao Direito Administrativo, todavia para todas as demais áreas do Direito, este princípio é rotulado como um escudo de proteção aos direitos e das liberdades fundamentais. Em suma, a doutrina adota uma posição muito interessante já que entende o princípio da proporcionalidade como três subprincípios: a adequação, a estrita necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

Neste diapasão, a *adequação* baseia-se na competência dos atos praticados pelo poder público no intuito de alcançar os objetivos pré-definidos, por outro lado, já a *estrita necessidade* é, basicamente, a mínima ingerência possível na esfera dos direitos e das liberdades fundamentais. Por fim, segundo Bitencourt (2009, p. 27), a *proporcionalidade em sentido estrito* que é a justa medida na relação entre a causa da intervenção e o efeito alcançado.

No âmbito do nosso direito constitucional, a proporcionalidade advém de um princípio muito conhecido que é o do devido processo legal, sem ele o princípio da proporcionalidade não existiria. Previsto no artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal, este vem sendo

utilizado especificamente para afastar sentenças desalinhadas dos sentimentos de equidade e de Justiça, como por exemplo, aquela sentença que determina pena máxima ao sujeito autor de um furto, todavia sendo primário e com bons antecedentes criminais, a partir de uma análise superficial poderíamos entendê-la, no mínimo, equivocada.

Insta salientar que o artigo constitucional supramencionado não é a única fonte do princípio em análise, tendo em vista o mesmo ser citado em diversos outros dispositivos da Carta Magna, sejam eles: artigo 5º, incisos V, X e XXV; artigo 7º, incisos IV, V e XXI; artigo 36, § 3º; artigo 37, inciso IX; artigo 40, inciso V, e o artigo 84, parágrafo único.

Ainda sobre as fontes da qual emanam o princípio em estudo, em se tratando de legislação infraconstitucional, verificamos que também é constante no artigo 59 do Código Penal, que impõe ao julgador a aplicação da pena não mais que necessária aos fins da reprovação e da prevenção do crime. O princípio da proporcionalidade assim entendido, funciona como um limite que assegura o balizamento da punição até o limite da culpabilidade do agente, Bitencourt (2009, p. 27).

De outra forma, a regra da proporcionalidade também permite uma coerente flexibilidade para o juiz, haja vista as variáveis existentes nos demais casos concretos. Nos dizeres de Boschi (2013, p. 56):

“Com a regra da proporcionalidade viabilizando a valoração, no caso concreto, de todas as circunstâncias, judiciais que, de algum modo, guardem relação com o agente, com o fato ou com a vítima, obtêm-se as condições para que o direito penal adquira ‘flexibilidade, se fluidifique, se desentorpeça’, para nos reportarmos a expressões empregadas por Pedro Vergara já que as quantidades previstas em abstrato assumem função relativa, quer do ponto de vista da pena, quer do ponto de vista do complexo delito-deliquente.”.

Igualmente, é também com fulcro neste princípio da proporcionalidade que o juiz deverá guiar-se para processar a substituição das chamadas penas privativas de liberdade por restritivas de direito ou multa, e, residualmente, a possível concessão do sursis, respectivamente constantes nos artigos 44 e 77 do Código Penal.

Por derradeiro, o Código Penal de 1890 possui um grau de reprovação perfeitamente estabelecido, sem deixar margens ao julgador para uma adequação ao caso concreto, ao passo que o atual Código Penal, deixa a cargo do juiz a análise da reprovação ao sentenciar num processo criminal, sem deixar de observar os ditames do princípio da individualização da pena, já analisado.

Portanto, é válido relembrar as palavras de Beccaria (1996, p. 37):

“Não somente é interesse de todos que não se comentam delitos, como também que estes sejam mais raros proporcionalmente ao mal que causam à sociedade. Portanto, mais fortes devem ser os obstáculos que afastam os homens dos crimes, quando são contrários ao bem público e na medida dos impulsos que os levam a delinquir. Deve haver, pois, proporção entre os delitos e as penas.”

### 3.3 A INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

A individualização da pena é um princípio garantia do Direito Penal, que possui uma vasta bagagem histórica na sua evolução, haja vista como já foi tratado anteriormente nem sempre ter estado presente no sistema jurídico como tal.

Um exemplo marcante foi o Código de 1791, quando pareceu desenvolvido para o momento, infelizmente se mostrou incompleto, já que a pena era pré-fixada e o juiz não tinha a discricionariedade para adaptá-la ao caso concreto. Neste sentido, Boschi (2013, p. 144) critica:

“Engessado demasiadamente o juiz, o referido Código não ensejava a possibilidade de *ajustamento* da pena ao caso específico. Assim, ‘por tal roubo, tanto de prisão ou de serviços nas galés; em princípio nem um dia a mais ou a menos. Não era possível levar em consideração as circunstâncias do ato, nem o arrebatamento possível, nem os antecedentes. **Todos que haviam cometido a mesma classe de roubo se encaixavam na mesma linha, pois supunha-se, eram igualmente responsáveis. A pena era a mesma para todos.** O juiz não era mais do que um instrumento mecânico de aplicação da pena. Era o mecanismo que distribuía a pena conforme a lei; um distribuidor automático. Só tinha uma missão: constatar a prova do ato’.”

Ocorre que, a despeito do engessamento que limita a função do magistrado a um simples operador mecânico da lei, os estudiosos do Direito em sua grande maioria observam positivamente que foi graças a este Código que as discricionariedades e os abusos cometidos pelos juízes de regimes antigos sobrestiveram o que se torna um paradoxo, haja vista ao mesmo tempo que apresenta elementos equivocados para o desenvolvimento do direito, demonstra por sua vez, uma evolução no tocante a outras problemáticas.

Este é um instituto que segundo Paulo Queiroz (2006, p. 350), “é a fixação pelo juiz das consequências jurídicas do crime, segundo o tipo, a gravidade e a forma de execução.”



Todavia, esta não se restringe apenas ao termo “fixação da pena mesma”, pois também compreende as causas de concessão de perdão, escusas absolutórias, entre outras, ou poderíamos nomeá-las de causas de isenção de pena. Além disso, a individualização também pode ser abarcada através da aplicação de medidas de segurança e de efeitos secundários da condenação.

No julgamento do caso concreto, a individualização representa “o ápice da atividade decisória”, nas palavras de Paulo Queiroz (2006, p. 350), isto porque, ao enfrentar as provas produzidas no processo e a aplicação do preceito jurídico penal, o juiz deve vestir-se de imparcialidade, como já comanda a própria investidura da sua função, e excluir da sua decisão sentimentos de preconceito, simpatia e eventuais emoções, devendo apenas condenar com base nos critérios objetivos de valoração, presentes no Código Penal.

Na Lei Maior, está previsto no artigo 5º, inciso XLVI, já no Código Penal encontra-se nos artigos 59 e 68, e, da mesma forma, é possível percebê-lo no artigo 5º, 8º, 41, XII e 92, parágrafo único, II, da Lei de Execuções Penais e no artigo 34 do Código Penal. Verifica-se, então, que este é o princípio garante a cada condenado, uma punição específica a partir da análise do seu fato constitutivo do crime.

Esta é uma tarefa de extrema importância e complexidade confiada ao juiz criminal, que inevitavelmente devem concentrar-se todos os princípios constitucionais e valores, de modo que se torne um trabalho da mais perfeita harmonia. De forma mais específica, vale lembrar que os princípios da legalidade, da ofensividade e da proporcionalidade guardam intensa relação nesta função avocada ao juiz criminal, por motivos claros de tornar a pena imposta a mais justa possível, ora a menos injusta possível, se assim entendermos.

Vale observar que, com relação ao princípio da legalidade e sua ligação com o princípio da individualização, este é um elo mitigado, tendo em vista a maneira rígida como a lei determinaria a aplicação da pena e sem concessão alguma ao arbítrio judicial, o que, contudo, não seria nem mesmo conveniente, em razão das inúmeras variáveis que percorrem cada infração penal praticada.

Desta forma, o juiz, com obriedade deve observar os ditames da lei frente ao caso concreto, todavia como produto da própria legislação irá buscar a justiça, e assim, dentro dos limites legais irá usar de sua discricionariedade para atuar não só com fundamentos positivistas, mas também, a partir de um ativismo judicial, observando que não poderá transformar a decisão em exemplo para os demais casos, com base na prevenção geral de

futuros delitos (positiva ou negativa), pois necessitará atender concomitantemente ao princípio da proporcionalidade. Explica Paulo Queiroz (2006, p. 351):

“Porque, como observam Cobol del Rosa e Vives Antón, recorrer à prevenção geral na fase de individualização da pena seria tomar o sentenciado como puro instrumento a serviço de outros, negando-lhe a qualidade de fim em si mesmo, e atentando, em consequência, contra a dignidade que se lhe reconhece constitucionalmente.”.

Por este motivo, é que o artigo 59 do Código Penal, afirma que o juiz aplicará a pena de forma justa e proporcional, “conforme seja necessário e suficiente para a ‘reprovação e prevenção do crime’”, que neste caso, utilizará dos termos *reprovação* e *prevenção* seguindo a ideia do individual, ou seja, da prevenção individual ou especial.

Interessante salientar que nosso Código Penal, anterior à Constituição Federal de 1988, quando determinou as circunstâncias que devem ser consideradas para fixação da pena, ao ser recepcionado pela Carta Magna, viola o modelo democrático, o Estado Constitucional de Direito, tendo em vista a Lei maior adotar expressamente um direito penal garantista, de acordo com seu artigo 5º, que dá a liberdade uma proteção extraordinária e “reconhece à pessoa humana o mais largo direito à diferença (particularmente, artigo 3º, IV)”, o qual é compatível, apenas, com o direito penal do fato, que responsabiliza o sujeito penalmente pelo que faz, ou subsidiariamente, pelo que deixa de fazer, que são os chamados crimes omissivos, contudo nunca pelo que é ou deixa de fazer.

Nestes termos é que Paulo Queiroz (2006, p. 351) exemplifica:

“Exemplo disso, é dizer, desse resíduo de direito penal do autor, herança do positivismo crimino-lógico, é a referência aos maus antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente e à própria reincidência como critérios de fixação da pena justa.”.

Sob esta perspectiva, é que ressaltamos o proeminente pensamento de Cesare Beccaria, que se baseou no exercício arbitrário no “poder de julgar”, que tinha como finalidade a reforma do *Direito punitivo*. Sendo assim, Bitencourt (2009, p. 624) esclarece que a resposta mais imediata foi a limitação do arbítrio judicial, e para tanto definindo o crime de forma precisa e com um sistema rígido de penas fixas:

“Na concepção de Beccaria, seguindo a de Montesquieu, ao juiz não deveria sequer ser admitido interpretar a lei, mas apenas aplicá-la em seus estritos termos. Assim, a um sistema largamente aberto na dosagem da pena sucedeu um sistema de pena rigorosamente determinada, consubstanciado no Código Penal francês de 1791. Por

esse novo sistema, a função do juiz limita-se à aplicação mecânica do texto legal.”.

Assim, foi possível perceber que na verdade a limitação deveria ser ponderada, haja vista a ineficácia da intensa rigidez, ou de uma flexibilidade maior com a fixação das penas, ou seja, logo se percebeu que se a “*indeterminação absoluta*” não era apropriada, da mesma forma a “*absoluta determinação*” não era menos inconveniente. Isto porque, segundo o entendimento de Bitencourt, se a pena absolutamente indeterminada flexibilizava demais o arbítrio do juiz, com grandes prejuízos aos direitos fundamentais do indivíduo, por sua vez a pena absolutamente determinada seria como um entrave para a adequação da fixação da pena a cada caso concreto.

Neste diapasão, entendemos um pouco melhor os resquícios que o nosso atual direito penal carrega, e bastaria lembrarmos que, editado em 1940 durante o Estado Novo, o Código Penal “eliminou o sistema de graus intermediários”, ou seja, o juiz passou a ter maior poder discricionário, onde poderia investigar as circunstâncias fáticas do crime e da pessoa do réu, permitindo-se desta forma, um eficaz exercício da individualização da pena.

Entretanto, com o novo Código, o legislador manteve o arbítrio nas mãos do magistrado, todavia, avisadamente, prudente e relativo, estabeleceu regras taxativas para conduzi-lo no julgamento do caso concreto. Neste sentido, Boschi (2013, p. 148) posiciona-se, quanto a essa mudança nos paradigmas do Direito Penal:

“Esse sistema de *margens penais* e de arbítrio judicial para a determinação da medida concreta da pena *dentro* das margens consagra-se em todo o mundo, em nome da certeza de que, nas palavras de Eduardo Correia, se sobrepunha ‘assim a um óptimo de justiça – que exigiria uma ponderação das diversas graduações e ‘nuances’ que o mesmo facto concretamente pode revestir quer no aspecto típico, quer no aspecto subjetivo ou nas suas relações com a personalidade do delinquente. E, assim, a individualização da pena devia ser puramente legal, traduzindo-se na tipicização abstrata dos vários crimes, suscetíveis tão-só de especializar pela consideração de certas circunstâncias modificativas, com valor predeterminado na lei e que o juiz teria, automática e mecanicamente, que aplicar.”.

Nesse interim, concordamos com Salo de Carvalho (2001, p. 154), que independente do emprego dos termos “maus antecedentes”, “reincidência”, entre outros, funcionarem como ensejo para a majoração da pena, bem como para obstaculizar o exercício de determinados direitos, também de acordo Bitencourt (2006, p. 352), são incompatíveis com o ideal de um direito penal do fato, uma vez que substituem a análise objetiva e cognoscitiva de um

juízo moral, ora uma apreciação equivocada que busca penetrar no íntimo do indivíduo, condenando-o pelo que é, e não pelo fato, prática do fato em questão naquele momento.

Ultrapassados estes aspectos iniciais da individualização da pena, não menos importante, iniciamos o exame, do ponto de vista da doutrina, do princípio-garantia da individualização da pena sob a luz das três fases em se desenvolve: a legal, a judicial e a de execução.

Vale ressaltar que, por óbvio, independentemente da fase da individualização da pena, esta deverá respeitar essencialmente os princípios da *razoabilidade*, *proporcionalidade* e o da *conformidade do processo executório*.

Na primeira fase, a fase legal é aquela em que o legislador individualiza a pena, e o faz baseado em critérios sociais, políticos, econômicos, ideológicos, etc. Em suma, o que o legislador faz, é atribuir a esta, ou aquela conduta a natureza de criminosa a partir dos critérios mencionados, este modelo é chamado de *etiquetamento de condutas*, e faz parte da política criminal do estado. Ocorre que a maior preocupação dos estudiosos do direito penal, inclusive pela tão conhecida corrente criminal norte americana *labeling approach*, não é, nem será o que é crime, mas sim os reais motivos que levaram a determinada conduta a ser etiquetada e porque outra deixou de fazer parte do rol de ilícitos penais.

Outrossim, para Boschi (2013, p. 150), é necessário salientar que o legislador, mesmo possuindo o status da função, não possui poderes ilimitados para tipificar ou cominar as penas, ou seja, sua liberdade para criminalizar as condutas eventualmente praticadas pela sociedade é limitada, conforme augurado no artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal, que prevê o princípio do devido processo legal, de forma que proíbe o legislador a edição de leis extravagantes.

A segunda fase, por outro lado, é quando a pena é individualizada em concreto; neste caso, pelo Judiciário, onde o juiz competente no procedimento criminal irá aplicar a pena com base no mínimo e no máximo legal predito no dispositivo normativo, estabelecido pelo legislador na primeira fase da individualização.

Por fim, a terceira e última fase fica a cargo do juiz da execução, e por este motivo, este tendo como referência a sentença condenatória, faz seguir o processo em acordo com o programa penitenciário individualizador, com fulcro no artigo 6º da Lei 7.210/84 (tratamento penitenciário). Nesta última fase a grande preocupação permeia o campo do excesso ou do desvio da execução da sentença, haja vista verificar-se que, por exemplo, o nosso sistema

carcerário encontra-se viciado, com agentes corruptos, ora controlado por facções criminosas que acabam gerenciando por conta própria a execução da sentença penal condenatória.

### 3.4 A DOSIMETRIA DA PENA

Introdutoriamente, ressalta-se que, como já mostra a história, à individualização da pena foi uma conquista do movimento iluminista, ganhando espaço no artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal de 1988, se consagrando como uma das garantias criminais repressivas, e, para tanto, determina uma efetiva e fínida fundamentação judicial.

Esta é uma tarefa das mais complexas no direito penal, pois imputa e demanda dos juízes uma ampla responsabilidade, ou seja, o legislador no momento em que definiu o procedimento de dosimetria da pena e aliado a isso as circunstâncias judiciais, entregou-lhes ao juiz de qualquer processo penal uma carta em branco, na qual pode realizar o cálculo da pena de uma forma discricionária, camuflando por vezes a total realidade que levou o resultado final da pena.

Vale dizer também que como discricionariedade não se confunde com arbitrariedade, e por este mesmo motivo, foi que o Código Penal brasileiro estabeleceu critérios a serem considerados durante o procedimento de fixação da pena. Nas palavras de Nelson Hungria (1943), em “O arbítrio judicial na medida da pena”, para ele “o que se pretende é a individualização racional da pena, a adequação da pena ao crime e à personalidade do criminoso, e não a ditadura judicial, a justiça de *cabra-cega*...”.

Desta forma, toda a metodologia utilizada na dosimetria da pena, que claramente não pode ser apenas um cálculo aritmético, de acordo com Bitencourt (2009, p. 636), precisa ser devidamente fundamentada. Sendo assim, o magistrado na ocasião em que valorar cada circunstância, é obrigado a desenvolver um raciocínio lógico e coerente para permitir que as partes alcancem intelectualmente os critérios utilizados nessa valoração.

Na dosimetria da pena, como já explanamos um pouco, quando todas as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do aludido Código Penal forem favoráveis ao agente, à fixação da pena-base deverá se igualar ao limite mínimo previsto pelo delito.

Como no Direito há sempre situações que se contradizem, existe uma situação, no tocante à *individualização da pena*, que segundo o artigo 5º, incisos XXXIX e XLVI da

Constituição Federal, possui limites, ou seja, é pacífico em todo sistema judiciário que é inconstitucional a inobservância acerca dos limites legais, inclusive, como se refere Bitencourt (2009, p. 636), “por violar os princípios da pena determinada e da sua individualização, incluindo-se nessa vedação *deixar de aplicar atenuante legal...*”, isto, tendo em vista que as atenuantes são circunstâncias que *sempre* atenuam a pena, de acordo com o predito no artigo 65 do Código Penal, vai depender do caso concreto, haja vista a aplicação das atenuantes ser sempre obrigatória.

Como é sabido, o cálculo da pena, com fulcro no artigo 68 do Código Penal, deve ser procedido por três fases díspares: a pena-base; a pena provisória; a pena definitiva.

Com relação à estipulação da pena-base no máximo legal previsto no delito competente, o Ministro Paulo Galloti em sede de Recurso Especial, no Superior Tribunal de Justiça, em voto de vista (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, RE n. 302.636 - RJ (2001/0011069-0) fundamentou-se que:

**“a estipulação da pena-base no máximo legal é perfeitamente admissível em nosso sistema, não havendo óbice formal à sua adoção, tendo em vista, sempre, que a pena, na letra de sua regência, será imposta conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime”** (Grifo nosso).

Ocorre que, mesmo a lei permitindo tal aplicação, aos olhos de parte da doutrina a fixação da pena-base não deveria ficar adstrita a pena máxima em abstrato, isto porque já na primeira fase do cálculo se alcançaria a pena máxima prevista pelo diploma normativo o qual o delito se encontra elencado, o que evidência uma desproporção na própria aplicação da pena em concreto. Segundo essa fatia doutrinária “a pena-base deve ter limite abaixo da pena máxima do delito, mais precisamente, a pena-base deveria ter como limite máximo o *termo médio*” (ALVES, 2005, 153).

Na Suprema Corte do país, este é um assunto que ainda encontra divergência, pois alguns julgados afastam a utilização do termo médio, como por exemplo, o HC 76196/GO, vejamos:

“2. A quantidade da pena-base, fixada na primeira fase do critério trifásico (CP, arts. 68 e 59, II), não pode ser aplicada a partir da média dos extremos da pena cominada para, em seguida, considerar as circunstâncias judiciais favoráveis e desfavoráveis ao réu, porque este critério não se harmoniza com o princípio da individualização da pena, por implicar num agravamento prévio (entre o mínimo e a média) sem qualquer fundamentação. O Juiz tem poder discricionário

para fixar a pena-base dentro dos limites legais, mas este poder não é arbitrário porque o caput do art. 59 do Código Penal estabelece um rol de oito circunstâncias judiciais que devem orientar a individualização da pena-base, de sorte que quando todos os critérios são favoráveis ao réu, a pena deve ser aplicada no mínimo cominado; entretanto, basta que um deles não seja favorável para que a pena não mais possa ficar no patamar mínimo. Na fixação da pena-base o Juiz deve partir do mínimo cominado, sendo dispensada a fundamentação apenas quando a pena-base é fixada no mínimo legal; quando superior, deve ser fundamentada à luz das circunstâncias judiciais previstas no caput do art. 59 do Código Penal, de exame obrigatório. Precedentes.” (HC 76196/GO. Relator: Min. Maurício Corrêa, julgamento: 29/09/1998, Segunda Turma, DJ de 15-12-2000, pp. 62, Ement. Vol. 2016-03/448. Informativo STF n. 214).

Entretanto existem outros que também entendem no sentido contrário, o Ministro Marco Aurélio outrora já decidiu que se mostra possível a aplicação do *termo médio*, “razoável a sentença que, à mercê da culpabilidade, da personalidade do agente, das circunstâncias e consequências do crime, implique fixação da pena-base acima do mínimo legal e em **patamar intermediário**”. É visto que este deve ser um critério orientador para o magistrado e não um simples guia como ressaltou o Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior.

Ademais, é sabido que a pena-base em nenhuma hipótese poderá ultrapassar a pena máxima em abstrato, mesmo porque seria uma extrapolação ilegal, e todos concordam quanto a isto. Na visão de Bittencourt (2009), a “*extrapolação dos limites legais é uma violação a institutos constitucionais*” (artigo 5º, XXXIX e XLIV da CF/88).

Dentre todos esses fundamentos, independente do posicionamento em que se adota para a aplicação da pena-base é necessário observar a proporcionalidade, quando se trata de dois os mais crimes praticados por um agente em determinado momento.

### 3.5 O MÉTODO TRIFÁSICO

Aprofundando-se ainda mais no que se refere ao cálculo da pena, entramos na seara do método trifásico, contemplado pelo artigo 68 do Código Penal, o qual sugere que o procedimento de individualização das penas privativas de liberdade, seja ela a prisão, a reclusão ou a detenção, se desenvolva através das três fases: **(1ª) Pena-base; (2ª) Pena provisória; (3ª) Pena definitiva;**

Assim, seguindo o postulado pela doutrina prevalecente, a **(1ª) Pena-base**, aplicação da pena, que deverá fixar a pena-base, o juiz fixará um valor conforme a análise das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal. De acordo com este artigo, as circunstâncias judiciais são as seguintes: a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade do agente, os motivos, o comportamento da vítima, as circunstâncias e as consequências do crime.

Vale ressaltar que, segundo explica o próprio Juiz de Direito “a inobservância do critério trifásico gera nulidade da pena fixada, não da condenação.” (ALVES, 2005).

Neste espaço, a grande preocupação é, em verdade, verificar os limites e critérios orientadores quando da fixação da pena-base, analisando a adequação do Código Penal aos princípios penais, mais especificamente o garantista, aquele da legalidade previsto no artigo 5º, inc. XXXIX da CF/88, bem como, o da necessidade da pena e, principalmente, da proporcionalidade.

Seguindo o entendimento do artigo 59, inciso II do Código Penal, o juiz determinará a quantidade de pena aplicável dentro dos limites previstos, os quais possuem obviamente um máximo e um mínimo, que determinará o marco da pena-base.

Ocorre que, além do Código Penal não definir quais moduladores definidos pelo artigo mencionado acima devem ser considerados favoráveis ou desfavoráveis ao réu, ele desloca esta função aos fatos constantes dos autos e ao mesmo tempo a cargo das circunstâncias, dessa forma atribui “ao juiz o dever de investigá-los durante a dilação probatória e, posteriormente, individualizá-los e valorá-los, na sentença.”, Bitencourt (2009, p. 637).

É importante ratificar que todos estes critérios juntos, ou analisados de forma isolada podem ser desfavoráveis ou não para o réu, e por este motivo, embora formem um conjunto no processo devem ser avaliados individualmente, pois a influência de um deles, não pode jamais tocar o outro. Aliás, nestes casos, considerações genéricas e superficiais, ou mesmo uma anêmica fundamentação legal, serão sopesadas insuficientes. Nestes termos, a decisão judicial será absolutamente nula, caso as hipóteses ocorram. Há, por outro lado, entendimento jurisprudencial majoritário de que na conjectura da falta de fundamentação na fixação da pena, se esta for fixada no mínimo legal, não há que se falar em nulidade absoluta da sentença, isto porque, mesmo com o erro o sujeito não se prejudicou.

Ocorre que este é no mínimo um entendimento temerário, haja vista ser equivocado o pensamento de que a favor do réu até mesmo um erro crasso é válido, mesmo porque no outro



pólo da relação processual podem estar contidos um terceiro prejudicado, ou a própria sociedade representada pelo Ministério Público estadual ou federal, que obviamente tem o direito de receber um tratamento igualitário, com base no princípio da isonomia. Debruça-se sobre este assunto Bitencourt (2009, p. 637):

“A fixação da pena no limite mínimo permitido, sem a devida fundamentação, viola o *ius accusationis* e fraudula o princípio constitucional da *individualização* da pena, que, em outros termos, significa dar a cada réu a sanção que merece, isto é, necessária e suficiente à prevenção e repressão do crime. Assim, deve-se entender que a ausência de fundamentação gera nulidade, mesmo que a pena seja fixada no mínimo, desde que haja recurso da acusação, é claro.”.

Isto posto, a regra é que a pena-base será fixada no mínimo previsto, se todas as circunstâncias do indigitado artigo 59 forem favoráveis ao réu e, neste sentido, caso algumas destas circunstâncias forem avessas a pena será cada vez mais afastada do mínimo legal. Desta forma, quando a pena distanciar-se do mínimo estabelecido, ela estará ao mesmo tempo aproximando-se do chamado termo-médio, que de acordo com o estabelecido por Nelson Hungria (1955, p.15), bem como pelo próprio entendimento do Supremo Tribunal Federal, como no processo citado no tópico anterior, é a média da soma dos dois extremos, ou seja, é a média da soma da numeração do mínimo e do máximo legal.

Por fim, é fato que o juiz deverá verificar todos os oito elementos presentes no artigo 59 do Código Penal, e avalia-los de forma coerente, fundamentando e demonstrando de forma clara os motivos que o levaram a aquele resultado. Assim finaliza Paganella Boschi (2013, p. 184): “Pois bem: *se nada encontrar que fundamente a alteração do cenário*, o juiz reafirmará o *valor positivo do conjunto de circunstâncias judiciais* e quantificará a pena-base no mínimo legal cominado no tipo correspondente ao crime, como reflexo do grau mínimo da reprovação anunciada.”. Ainda neste diapasão verifica-se a jurisprudência:

“A fixação da pena acima do mínimo legal exige fundamentação adequada, baseada em circunstâncias que, em tese, se enquadrem entre aquelas a ponderar, na forma prevista no art. 59 do CP, não se incluindo, entre elas, o fato de haver o acusado negado falsamente o crime, em virtude do princípio constitucional – *nemo tenetur de detegere* [...] (HC 68.742, Rel. p/ o ac. Min. Ilmar Galvão, julgamento em 28-06-1991, Plenário, *DJ de 2-4-1993*.) No mesmo sentido: HC 96.190, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 14-6-2010, Segundo Turma, *DJE* de 3-9-10; HC 96.950, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 25-5-2010, Segunda Turma, *DJE* de 11-6-2010; HC 95.238, Rel. Min. Dias Toffoli, julgamento em 23-3-2010, Primeira Turma, *DJE* de 6-4-2010; HC 97.780, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 9-2-2010, Segunda Turma, *DJE* de 12-3-2010; HC

94.839, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 8-9-2009, Segunda Turma, *DJE* de 16-10-2009; HC Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 28-4-2009, Primeira Turma, *DJE* de 6-11-2009.”

Assim, fica evidente que a tendência da jurisprudência brasileira é reprová-lo o mínimo possível e, em caso excepcional, em grau mais altivo.

Com relação à **(2ª) Pena provisória**, é aquela referente às agravantes e às atenuantes. No que diz respeito a esta fase, o julgador neste momento, a partir da pena-base definida, irá examinar as circunstâncias legais, aumentando ou diminuindo a pena em determinada quantidade, que enfim resultará na chamada *pena provisória*.

Assim, quando algumas das circunstâncias judiciais forem analisadas em desfavor do réu, a pena-base, necessariamente, deverá ser fixada um pouco acima do mínimo. Para tanto Paganella Boschi (2013, p. 185) explica e exemplifica:

“As peculiaridades do caso podem ensejar que algumas das circunstâncias judiciais (por ex: duas ou três) sejam consideradas reprováveis, isto é, axiologicamente desvaliosas. Nessa situação, a regra em tela propõe que o *quantum* da pena-base seja fixada *um pouco acima do mínimo cominado no tipo penal*, para bem refletir o *grau médio* da reprovação pelo fato, sem atingir, no entanto, o *termo médio...*”

Neste aspecto, a jurisprudência também prevê: “Não sendo todas as circunstâncias judiciais favoráveis ao acusado, justifica-se esteja a pena-base ligeiramente afastada do mínimo legal...” (Apelação-Crime nº 694012097, 3ª Câmara Criminal do TJRGS, Rel. Luís Carlos Ávila de Carvalho Leite, j. 06.10.94).

Para Bitencourt (2009, p. 638), nesta segunda parte do *método trifásico*, o juiz deve prender-se às circunstâncias legais genéricas, “ênfatizando-se as *preponderantes*, quando concorrerem agravantes e atenuantes. Nenhuma circunstância atenuante pode deixar de ser valorada, ainda que não seja invocada expressamente pela defesa, bastando que se encontre provada nos autos.”.

Um ponto muito discutido pela doutrina e que divide a jurisprudência, é se as atenuantes e as agravantes podem fazer com que a pena supere os limites mínimos ou máximos legais previstos no dispositivo correspondente aos tipos penais, sob pena de violação do primeiro momento da *individualização da pena* que é baseado em outros critérios e com outros parâmetros, além de transgredir os *princípios da reserva legal* e da *pena*

*determinada*, consoantes nos incisos XXXIX e XLVI, do artigo 5º da Constituição Federal, podendo ser por isto declarada inconstitucional, por aplicação de uma pena não conferida.

Para Bitencourt (2009, p. 638), “Quando a pena-base estivesse fixada no mínimo, impediria sua diminuição, ainda que se constatasse *in concreto* a presença de uma ou mais atenuantes, sem que isso caracterizasse prejuízo do réu, que já teria recebido o mínimo possível.”.

Nesta seara, há doutrinadores que entendem ser possível, considerando a existência de atenuantes, e sustentam que estas circunstâncias podem trazer a pena aplicada “para *aquém do mínimo legal*, especialmente quando, *in concreto*, existam causas de aumento.”. Estes esteiam que para aqueles que possuem entendimento contrário com fundamento de que o artigo 65 do Código Penal, não autoriza tal proeza, na verdade, o dispositivo mencionado escreve:

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

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

II - o desconhecimento da lei;

III - ter o agente:

- a) cometido o crime por motivo de relevante valor social ou moral;
- b) procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as conseqüências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano;
- c) cometido o crime sob coação a que podia resistir, ou em cumprimento de ordem de autoridade superior, ou sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima;
- d) confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime;
- e) cometido o crime sob a influência de multidão em tumulto, se não o provocou.”

Isto é, na visão de parte da doutrina, o que este artigo fala, é, em verdade, que as circunstâncias atenuantes “sempre atenuam a pena”, sendo assim, independem desta já se encontrar no mínimo cominado. Os estudiosos que defendem esta tese, afirmam que o equivocado entendimento de que a pena não poderá, em hipótese alguma, ficar abaixo do mínimo estabelecido em lei, se dá segundo Bitencourt (2009, p. 639), pela “*interpretação analógica* desautorizada, baseada na proibição que constava no texto original do parágrafo único do art. 48 do Código Penal de 1940, não repetido, destaque-se, na Reforma Penal de 1984 (Lei n. 7.209/84).”.

Outrossim, no caso de existir duas qualificadoras, a regra define que uma deve ser considerada como qualificadora propriamente dita e a outra como agravante genérica, a não ser que a mesma não esteja assinalada como tal, e, por isso, deverá ser avaliada como circunstância judicial.

Ultrapassada esta fase, após a fixação da pena provisória, o juiz apreciará em seguida, quando existir, as causas de aumento e de diminuição da pena.

Por fim, é chegada a **(3ª) Pena definitiva**, onde o magistrado avalia as causas de aumento e de diminuição. Vale dizer que esta fase vai se basear ou na pena provisória, ou na pena-base já definida anteriormente, se no caso concreto não houver agravantes ou atenuantes. Em caso da existência de mais de uma minorante ou majorante, estas serão efetuadas em forma de “cascata”, umas calharam sobre as outras, sucessivamente. Em sendo assim, se aplicam primordialmente as causas de aumento, para só depois as causas de diminuição.

## 4. A AÇÃO PENAL 470 E O CRIME DE FORMAÇÃO DE QUADRILHA

### 4.1 DA FORMAÇÃO DE QUADRILHA OU BANDO

A preocupação com esse tipo de delito que tutela a paz pública, há muito tempo se faz presente na história do Direito, pois segundo Luiz Regis Prado (2013, p. 262, 263) e Cezar Roberto Bitencourt (2011, p. 364 e 366), esse tipo de conduta “as associações ilícitas”, sempre tiveram uma atenção especial dos gestores públicos, haja vista a apreensão com ataques políticos, como também, pela angustia da própria sociedade.

Nas primeiras décadas do século XX, as referidas associações ilícitas ganham nova amplitude, ou seja, obtinham nova extensão devido aos prováveis acontecimentos a época, o que forçou uma revisão conceitual, mais precisamente uma nova adequação político-criminal à pós-modernidade.

Este crime foi previsto pela primeira vez como tal em 1810, segundo Luiz Regis Prado (2013, p. 263), elencado no artigo 265 do Código Penal francês. Nesse diapasão, outras legislações foram tomando o mesmo rumo e acompanharam o referido Código francês. No Código italiano vigente, o mesmo encontra-se disciplinado no artigo 416, já no Código argentino no artigo 210, no espanhol e no português nos artigos 515 e 299 respectivamente.

No âmbito brasileiro, as legislações nacionais anteriores à década de 40, não previam nada sobre este delito. Ocorre que, havia, no entanto, o chamado “ajuntamento ilícito”, todavia, este não corresponde àquele previsto pelo mais “novo” e “atual” Código Penal de 1940, já que se referia apenas a uma simples reunião e não existia uma habitualidade entre elas *vide* Código Imperial, artigo 285 e ss., Código penal de 1890, artigo 119. Neste sentido, por óbvio, é que este delito foi criado pelo atual Código Penal previsto em seu artigo 288.

Cumprе destacar que aquelas antigas tipificações preceituavam mais uma modalidade *sui generis* de concurso eventual de pessoas, dessemelhante, por hora, da figura que fora tipificada em nosso diploma.

Vale ressaltar ainda segundo Luiz Regis Prado (2013), que na forma como está previsto no artigo 288 do diploma normativo o legislador competente ter atribuiu a este crime autonomia, o que resulta na punição da mera associação. Contudo, vale frisar que a

Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, XVII, prevê a associação como legal, desde que para fins lícitos.

Sob esta perspectiva, é que Cezar Roberto Bitencourt (2009, p. 367) explica a presente definição do crime de formação de quadrilha ou bando.

“Em síntese, o crime de *quadrilha ou bando* é uma criação do Código Penal de 1940, constituindo, por sua definição, uma *modalidade especial* de punição, como exceção, ao que se poderia denominar *atos preparatórios* de futura infração penal, que, na ótica do art. 31 do referido diploma legal, não são puníveis.”

Nesse sentido, apuramos a história do indigitado dispositivo, acompanhando o raciocínio de Bitencourt (2011, p. 367), ao citar Néelson Hungria.

“No Brasil, à parte o endêmico *cangaceirismo* do sertão nordestino, a delinquência associada em grande estilo é fenômeno episódico. Salvo um ou outro caso, a associação para delinquir não apresenta, entre nós, caráter espetacular. Aqui e ali são mais ou menos frequentes as quadrilhas de rapinantes noturnos, de salteadores de bancos em localidades remotas, de *abigeatores* (ladrões de gado), de moedeiros falsos, de contrabandistas e, ultimamente (sic), de ladrões de automóveis.”

É importante frisar esta amplitude do novo tipo penal, pois desta forma facilita a percepção das mudanças que o atual crime de quadrilha ou bando sofreu até o presente momento, mesmo que antes já existiam grandes grupos criminosos, como por exemplo o PCC, Diferenciando-se por consequência do fenômeno mundial, nos dizeres do correlato doutrinador, da denominação de *crime organizado* ou de *organização criminosa*.

Em regra, ao longo dos anos, podemos perceber a partir dos próprios resultados obtidos pela política-criminal utilizada pelo Estado, de que esta é, no mínimo, equivocada, pois ultrapassa os limites, inclusive, constitucionais para uma satisfação da população, tornando prejudicados os seus próprios direitos, o que Cezar Roberto Bitencourt (2011, p. 367) também critica.

“Tradicionalmente as autoridades governamentais adotam uma política de *exacerbação e ampliação* dos meios de combate à criminalidade, como solução de todos os problemas sociais, políticos e econômicos que afligem a sociedade. Nossos governantes utilizam o *Direito Penal* como panaceia de todos os males (direito penal simbólico); defendem graves transgressões de direitos fundamentais e ameaçam bens jurídicos constitucionalmente protegidos, infundem medo, revoltam e ao mesmo tempo fascinam uma desavisada massa

carente e desinformada. Enfim, usam arbitrariamente e simbolicamente o Direito Penal para dar satisfação à população e, aparentemente, apresentar soluções imediatas e eficazes ao problema da segurança e da criminalidade.”

Esta mudança que vem ocorrendo no Direito Penal, parece aos olhos da doutrina como um retrocesso, por vezes, favoráveis conquistas deste diploma ao longo dos anos.

No tocante à *criminalidade organizada*, esta forçou a criação de meios efetivos para seu próprio controle, por ser indiscriminada, estando presente nas ruas, nos lares, nas praças, nas praias e também no campo, seja pelos crimes contra ordem tributária, contrabando de armas, crimes de informática, ou até mesmo ambientes. Em suma estes são conhecidos como crimes de colarinho branco. Por outro lado, partindo de um entendimento finalístico, essa é a *criminalidade moderna*, ou seja, sua mutação exigiu novas armas para sua contenção, que segundo parte da doutrina, justifica, a inobservância de direitos fundamentais, que inclusive, representem conquistas emblemáticas do Direito Penal ao longo dos Séculos.

Pois bem, o *princípio da legalidade* vem “sofrendo um colapso, por um fato constitutivo da própria democracia, que é a sujeição dos poderes públicos à lei, a qual possui como fundamentos básicos a *soberania popular* e o *Estado de Direito*.” Sob esta perspectiva é que com a consagração das garantias fundamentais na Carta Magna de 1988, novos caminhos são trilhados através da representação de *formas neoabsolutistas* do poder, as quais são independentes de controle e limites, norteadas por interesses ocultos e de muita força constantes no nosso ordenamento político-jurídico. A crítica ataca sensivelmente essa “sede de punir” do estado, com tamanha criminalização, onde novos tipos penais são criados e, nas palavras de Cesar Roberto Bitencourt (2009, p. 368), a exasperação das sanções penais finalizam este quadro.

Atualmente, políticas como as da descriminalização, despenalização e desjurisdicionalização não habitam mais a pauta da política-criminal, o que se vislumbra hoje é uma reforma legislativa com foco no direito material, com o intuito de agravar ainda mais as sanções criminais, ou de tornar atos antes impunes, para criminalizados, e ainda, o enrijecimento dos regimes penais.

Vale destacar que, na área *processual penal*, estas finalidades também se fazem presentes, com a subtração de obstáculos debelados nos dispositivos codificados, os quais tendem a ser reduzidos, simplificados ou abreviados, para tornar a resposta penal imediata e funcional.

Essa problemática se agravou de tal forma que o Presidente do Superior Tribunal de Justiça, a época do ano de 2005, alertou:

“ESTAMOS VIVENDO UM ESTADO NAZISTA’ – Presidente do STJ alerta para o perigo de ações espalhafatosas da Polícia Federal e diz que grampos viraram objeto de chantagem. [...] o Estado de direito no Brasil está ameaçado. O alvo da preocupação do ministro STJ.”

Nesse contexto, a partir de uma ótica técnica jurídica, passou-se a observar a necessidade de uma *responsabilidade objetiva*, com o afastamento definitivo da *responsabilidade subjetiva e individual*. Isso se dá exatamente pelas transformações sociais, é o Direito Penal acompanhando o dinamismo da sociedade. Essas respectivas transformações: o abandono das garantias dogmáticas e aumento da *capacidade funcional* do Direito Penal para tratar de complexidades modernas; Em suma, o que a política criminal do *Direito Penal funcional* sustenta para combater à “criminalidade moderna”, é uma mudança semântico-dogmática, que segundo Bitencourt (2009, p. 368) seria: “‘perigo’ em vez de ‘dano’; ‘risco’ em vez de ofensa efetiva a um bem; ‘abstrato’ em vez de concreto; ‘tipo aberto’ em vez de fechado; ‘bem jurídico coletivo’ em vez de individual etc.”.

Acontece que o Direito Penal é limitado, através dos seus dogmas tradicionais, não sendo assim o Código provavelmente não seria de ano diverso ao de 1940. Busca-se o abandono do Direito Penal da culpabilidade exatamente por este motivo, já que a “criminalidade moderna” é reflexo natural da *complexidade social*.

Nas palavras do professor Bitencourt (2009, p. 369), nos tempos atuais o desrespeito das garantias constitucionais são extremamente frequentes, infundamentadas, ilógicas, parecem no mínimo equivocadas por não corresponderem à Constituição, alguns juízes federais, ao que parece, descartaram a Carta Magna autorizando a quebra de sigilos telefônicos, bancários, fiscais, coletivamente, sem critério algum, ou motivação relevante, “bastando mera suspeita de qualquer irregularidade, determinando, indiscriminadamente, invasões de escritórios de advocacia, violando sigilos profissionais etc.”.

Para entendermos melhor todas essas questões abordadas até então, precisamos definir alguns pontos cruciais, a exemplo da *criminalidade organizada*. A *criminalidade organizada* é, sem dúvida, a maior preocupação da sociedade e dos seus governantes, e com certeza a melhor matéria da mídia, dos meios políticos, religiosos, jurídicos, e inclusive das entidades não governamentais, bem como é alvo de debate da política interna. Todavia, na prática é a *criminalidade massificada* que assombra e ameaça a população.



Nesse diapasão, a *criminalidade massificada* compreende crimes dos mais comuns, ou seja, aqueles que são consumados a todo instante, são os assaltos, as invasões de apartamentos, furtos, estelionatos, roubos. Este é o tipo de criminalidade que mais afeta a população como um todo, seja como vítimas reais ou vítimas potenciais, são delitos que ocorrem rotineiramente, e seus efeitos são impreterivelmente imediatos e violentos, além de ter um longo alcance desde o dano econômico, físico, e equilíbrio emocional, gerando assim uma sensação de insegurança. A grande problemática da questão se encontra mais precisamente neste ponto, pois esse *medo coletivo difuso* que a população enfrenta, decorrente da criminalidade de massa, é que faz com o que a *política criminal populista* seja instaurada e manipulando, com a finalidade de utilizar-se de meios e instrumentos que por hora, ignorem as garantias de liberdades individuais e os princípios constitucionais fundamentais, sem nem ao menos apresentar resultados que corroborem com essa prática, e é justamente nestes momentos que surgem leis como a dos Crimes Hediondos e do Crime Organizado.

No que diz respeito à *criminalidade organizada*, esta é a que oferece um potencial de ameaça e perigo desmedido, como também, pode vir a produzir consequências incontrolláveis, ou até mesmo inesperadas. Insta salientar, desde logo, que os estudiosos da área ainda não chegaram a um entendimento pacificado do que é efetivamente a *criminalidade organizada*. É interessante salientar que em se tratando de uma “criminalidade organizada”, é conveniente falar de uma “criminalidade desorganizada”, que para Regis Prado (2013) tem como resultado os danos mais graves e mais diretos à coletividade, com maior teor de violência. Pois bem, na visão do autor seria um bom começo para os governantes exercitarem e elucidarem a insegurança, combatendo a *criminalidade desorganizada*.

A partir desta análise, é possível perceber que há uma dificuldade muito grande por parte do estado em diminuir os índices desta criminalidade, mas que dificuldade seria esta? Bitencourt (2011, p. 370), citando Hassemer (1992), expõe uma ideia totalmente coesa com a realidade que vislumbramos hoje.

“A criminalidade organizada não é apenas uma organização bem feita, não é somente uma organização internacional, mas é, em última análise, a corrupção do Legislativo, da Magistratura, do Ministério Público, da polícia, ou seja, a paralisação estatal no combate à criminalidade. Nós conseguimos vencer a máfia russa, a máfia italiana, a máfia chinesa, mas não conseguimos vencer uma Justiça que esteja paralisada pela criminalidade organizada, pela corrupção”.

Neste sentido, é que se torna ainda mais difícil combater algo, que nem mesmo aqueles responsáveis por isso são capazes de executar as suas tarefas. Por este motivo, é que o Direito Penal, deve muito acertadamente, dosar entre o alcance do “máximo de bem-estar”, ou o “mínimo de mal-estar” aqueles titulares de condutas desviadas.

Ultrapassada a detida análise acerca da criminalidade e de como o Estado vem lidando com ela, adentramos no bem jurídico protegido pelo delito em exame, o ilustre professor Luiz Regis Prado (2013) inicia sua explicação desde logo frisando que o artigo 288, hoje com alteração textual que antes possuía escrita distinta e com a alteração um novo texto passou a integrar o seu caput e parágrafo único.<sup>1</sup>

Enfim, este é um crime que tutela a paz pública, ou poderíamos dizer a ordem pública. Segundo Regis Prado (2013), a ordem pública é basicamente o correto funcionamento da sociedade em suas devidas proporções, conceito extraído do Código Italiano de 1889 (Código Zanadelli), abordando intrinsecamente neste conceito a segurança coletiva, a paz pública, contudo considerada em seu sentido material, como na própria realidade, isto é, Prado citando E. Musco e G. Fiandaca “alude a uma condição de convivência pacífica, imune à desordem e violência”.

Vale dizer, não há que se falar em objeto material, de acordo com Greco (2007), contrariando o posicionamento de Nucci (2014), que confirma a existência dos objetos jurídico e material na paz pública.

No que diz respeito ao Sujeito ativo deste delito, a doutrina é harmônica ao dizer que pode ser praticado por qualquer pessoa, o tipo penal em questão não exige nenhuma qualidade ou condição especial do autor do crime, apenas a cautela de que concorram na prática deste pelo menos 3 (três) pessoas.

Por sua vez, o Sujeito passivo é a sociedade, que tem sua ordem prejudicada em razão da formação de grupos criminosos. Nucci (2014, p. 1194) cita a jurisprudência:

“STJ: ‘Para o reconhecimento do crime de formação de quadrilha [hoje associação criminosa], basta a comprovação da existência de associação estável de mais de três pessoas [atualmente, bastam três], com a intenção de praticar crimes diversos, sendo, pois, prescindível a identificação efetiva de todos os membros da quadrilha ou bando. Precedentes’ (HC 160290-MS, 5.<sup>a</sup> T., rel. Laurita Vaz, 14.02.2012, v.u.).

O elemento subjetivo aqui é o dolo, já que o tipo penal estabelece a finalidade específica de “cometer crimes”, por este motivo é que não se pune a modalidade culposa.

Assim sendo, este se consuma no momento em que ocorre a associação criminosa, obviamente com o intuito específico, não necessitando que seja praticado qualquer crime em virtude do qual a associação foi constituída, haja vista, segundo Greco (2007), por se tratar de um delito de natureza formal, bastando apenas que os sujeitos incorram na conduta tipificada no núcleo do tipo.

Todavia, para Nucci (2014), é necessário um aprofundamento ainda maior desta associação, mesmo com os comentários do ilustre ex-Ministro ao Código Penal Nelson Hungria (1977, p. 177):

“O momento consumativo do crime é o *momento associativo*, pois este já se apresenta um perigo suficientemente grave para alarmar o público ou conturbar a paz ou tranquilidade de ânimo da convivência civil”.

Para Nucci (2014, p. 1196), a associação distingue-se do mero concurso de pessoas, pelo seguinte fato, se o concurso de pessoas pode ser um momento pontual, no tipo penal em análise seria necessário uma habitualidade e permanência, que são elementos indispensáveis para a caracterização do crime previsto, ou seja, aceitar a consumação deste delito no momento da associação é antecipar-se com uma penalização perante uma conduta futura que poderá ou não ocorrer. Nesse diapasão, o doutrinador mais uma vez cita a jurisprudência, Nucci.

“STJ: ‘A estrutura central deste crime reside na consciência e vontade de os agentes organizarem-se em bando ou quadrilha [hoje com denominação de associação criminosa] com a finalidade de cometer crimes. Trata-se de crime autônomo, de perigo abstrato, permanente e de concurso necessário, inconfundível com o simples concurso eventual de pessoas’ (Denun na APn 549-SP, C.E., rel. Felix Fisher, 21.10.2009, v.u).”

Entretanto, Nucci também concorda que não se determina que a associação necessariamente cometa crimes para ser punível, tendo em vista o perigo abstrato para a paz pública ser manifesto, sem nem ao menos ser comprovado, mesmo porque o Estado “não quer pagar pra vê”, seria poder tomar medidas preventivas e não esperar por consequências mais drásticas. Sob esta perspectiva é que o doutrinador Nucci (2014, p. 1194) cita mais jurisprudência, contudo com ênfase na fundamentação da punição.

“TRF-1.<sup>a</sup> Reg.: ‘Demonstrada a reunião de pessoas para a realização de apenas um assalto, embora de grande porte, impõe-se a absolvição quanto ao crime de quadrilha ou bando [hoje, associação criminosa]’ (ApCrim 2001.38.02.001572-0-MG, 4.<sup>a</sup> T., rel. p/ Ac. Des. Mário César Ribeiro, 05.05.2009, m.v.)”

É importante salientar que “Quadrilha ou bando” eram os termos utilizados que compunham o tipo penal, bem como serviam de título para o mesmo antes da edição da Lei 12.850/2013, que atribui o novo nomen iuris *associação criminosa* ao artigo 288 do Código Penal, e alterou o texto do *caput* do referido artigo. Essa alteração não causou muitas alterações importantes tecnicamente falando, mas do ponto de vista da doutrina foi positiva para elucidar algumas questões que mais na frente abordaremos.

Outro ponto importante é o quantitativo mínimo de pessoas para a consumação deste crime, o que não se deve confundir com a imputabilidade dos integrantes da associação, já que não é determinado que todos os integrantes, inclusive do quantitativo mínimo de três pessoas, sejam imputáveis, é permitido que o crime seja punível se dentro dos integrantes exista pelo menos um menor de 18 (dezoito) anos (posição majoritária), segundo Guilherme de Souza Nucci, na sua obra “*Código Penal Comentado, 2014*”, mesmo porque o parágrafo único do artigo 288 assume a participação de criança ou adolescente na composição da associação criminosa.

A alteração advinda da Lei 12.850/2013 acertadamente positiva, de acordo com Nucci (2014, p. 1196), pelo emprego do termo “específico” no texto do dispositivo em exame, referindo-se à finalidade dos agentes no momento da associação.

O legislador corroborou a orientação doutrinária e jurisprudencial, quando estabelece uma finalidade específica de cometer crimes, o que configura a natureza de estabilidade e durabilidade da associação, diferenciando-se do simples concurso eventual de pessoas.

---

<sup>1</sup> “Art. 288. Associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes:

Pena – reclusão, de 1(um) a 3 (três) anos.

Parágrafo único. A pena aplica-se em dobro, se a quadrilha ou bando é armado”.

Nova redação:

“Art. 288. Associarem-se 3 (três) ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes:

Pena – reclusão, de 1(um) a 3 (três) anos.

Parágrafo único. A pena aumenta-se até a metade se a associação é armada ou se houver a participação de criança ou adolescente”.

O legislador corroborou a orientação doutrinária e jurisprudencial, quando estabelece uma finalidade específica de cometer crimes, o que configura a natureza de estabilidade e durabilidade da associação, diferenciando-se do simples concurso eventual de pessoas.

Por sua vez, vale frisar que o ajuntamento de pessoas com a finalidade específica de praticar crimes, mas sem ter uma definição concreta, não é suficiente. A habitualidade e permanência vão se concretizar pela pretensão dos agentes em realizar mais de um delito, como dito no próprio tipo penal.

Demais disso, este é um crime comum tanto para o sujeito ativo, quanto para o sujeito passivo, segundo a classificação doutrinária. Ele é formal, como já dissemos, não exige resultado naturalístico, consistente no cometimento efetivo de crimes, e é doloso, não admitindo-se a modalidade culposa. Em regra, este é um delito comissivo, podendo excepcionalmente ser omissivo impróprio quando o agente tem o dever jurídico de evitar o resultado e não o faz, na forma do artigo 13, §2.º do Código Penal, como também, é caracterizado como permanente já que sua consumação se prolonga no tempo, de perigo comum abstrato, embora parte da doutrina entenda que possa ser considerado como de perigo comum e concreto (GRECO, 2007, p. 212), todavia majoritariamente o entendimento é que a prática deste delito coloca um número indeterminado de pessoas em perigo, que é neste ponto presumido pela lei. Ainda também se enquadra como de forma livre, plurissubistente (delito cuja ação é composta por vários atos, permitindo-se o seu fracionamento); plurissubjetivo (delito que somente pode ser cometido por vários sujeitos).

Em tratando-se de crime continuado, esta foi um benefício instituído pelo legislador para admitir a aplicação de uma pena mais branda a quem realize mais de um delito da mesma espécie, que pelas circunstâncias do caso concreto, seja elas de tempo, lugar, maneira de execução, parecem ser uma continuação um do outro. Nas palavras de Nucci (2014, p. 1196), Costa Jr. (2002, p. 885):

“É segundo entendemos, autêntica ficção. Por isso, é plausível supor que pessoas associadas para a prática de vários roubos, por exemplo, ainda que em continuidade delitiva, possam provocar a concretização do crime previsto no art. 288. Afinal, estão agrupadas com a finalidade de cometer *crimes*, ainda que venham a ser considerados, para efeito de aplicação da pena, uma continuidade. Essa é a corrente amplamente majoritária na doutrina[...] Há posição em sentido contrário [...] destacando seguir precedente lição de Hungria.”

No tocante ao concurso de pessoas, matéria bem discutida pela doutrina, a qual entende que uma pessoa pode por mera escolha auxiliar aquela quadrilha num único momento ou na execução de um único crime e não fazer parte daquela associação criminosa, não podendo assim, ser punido por meio do artigo 288. Por outro lado, há quem entenda que sim, que é perfeitamente possível, pois no momento do auxílio o agente passa a integrar a associação automaticamente, sendo punível pelo tipo penal da associação criminosa.

Para Bitencourt (2011, p. 384), a intervenção de inúmeras pessoas (quatro, cinco ou mais), por si só, não é suficiente para caracterizar a *associação criminosa*, ao contrário do que vinha sendo interpretado. Neste sentido ele cita o magistério da figura importantíssima para o Direito Penal, Antolisei:

“L’associazione per delinquere presenta qualche affinità con la compartecipazione criminosa, ma ne differisce profondamente nel concorso di persone, infatti, l’accordo fra i compartecipi è circoscritto allá realizzazione di uno o più delitti nettamente individuati, commessi i quali l’accordo medesimo si esaurisce e, quindi viene meno ogni pericolo per la comunità. Nell’associazione a delinquere, invece, dopo l’eventuale commissione di uno più reati, il vincolo associativo permane per l’ulteriore attuazione del programma di delinquenza prestabilito e, quindi, persiste quel pericolo per l’ordine pubblico che è caratteristica essenziale del reato”.

O crime em questão admite a forma qualificada do crime, definida pelo artigo 8º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990:

“Art. 8º. Será de 3 (três) a 6 (seis) anos de reclusão a pena prevista no art. 288 do Código Penal, quando se tratar de crimes hediondos, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins ou terrorismo.”

Segundo Guilherme Nucci (2014), independente da modificação da pena do artigo 288 (reclusão, de 3 a 10 anos), deve-se continuar aplicando o previsto em lei especial (artigo 12, CP). Quando houver a delação premiada, e o participante denunciar à autoridade competente o integrante associado e acarretar o seu desmantelamento, sua pena será reduzida de um a dois terços, vide artigo 8º, parágrafo único da Lei 8.072/90. Vale ressaltar que para esta parte da doutrina, essa diminuição somente é cabível quando se tratar de crimes hediondos e equiparados (tortura, tráfico e terrorismo), isto é, ficando indevida a generalização para todos os casos do artigo 288.

Insta salientar ainda que é perfeitamente possível que o sujeito seja condenado através das fortes provas produzidas no processo pelo crime de associação criminosa, e ao mesmo tempo ser absolvido dos outros crimes praticados, tendo em vista outras provas fracas e prejudicadas.

#### **4.1.1 Da organização criminosa e a formação de quadrilha: caracterização**

Eis uma confusão jurídica que ainda causa grandes equívocos no seu entendimento, e que passaremos a analisar seus conceitos objetivamente com o fim de sanar eventuais erros no momento em que é tipificada a conduta, seja ela formação de quadrilha, ou uma organização criminosa.

Adotou-se o conceito de crime organizado, antes previsto na Convenção de Palermo, a qual inclusive estabeleceu o compartilhamento de informações entre diversos órgãos públicos (Receita Federal, Polícia Federal, Justiça Federal, Ministério Público), com o intuito de cruzar informações e assim facilitar as investigações acerca dessas organizações. Todavia, no Brasil este conceito foi absorvido pelo ordenamento a partir da Recomendação n. 3/2006 do Conselho Nacional de Justiça.

No ordenamento jurídico brasileiro, a expressão “organização criminosa” foi determinada com o Decreto Legislativo n. 231/2003, e acabou levando alguns a confundirem-na erroneamente com quadrilha ou bando.

Ocorre que a legislação tem responsabilidade nesta situação, mesmo porque os crimes que são praticados pelas organizações criminosas, também podem ser praticados por quadrilha ou bando. O próprio Supremo Tribunal Federal já entrou em divergência acerca desta discussão entendendo, por vezes, que existe a prática de crime de organização criminosa no direito pátrio (STF: RHC 102. 046 – SP, DJe de 10 de novembro de 2010 e ainda o HC 100. 637 – BA, DJe de 24 de junho de 2010), contudo em outra ocasião (HC 96.007) os Ministros Marco Aurélio e Dias Tóffoli entenderam que a Convenção de Palermo não poderia estabelecer o conceito de organização criminosa no ordenamento brasileiro.

O resultado deste embate foi o reconhecimento da atipicidade do crime previsto na referida Convenção, haja vista o delito não constar na lei brasileira, e para tanto, na observância da reserva de plenário, um crime só é considerado como tal, se estabelecido por lei interna, ressaltando desta forma o princípio da legalidade.

Atualmente, com a vigência da Lei 12.850/2013, há uma distinção conceitual entre “organização criminosa” e “formação de quadrilha”, hoje *associação criminosa*. Nestes termos, o §1º, do artigo 1º da aludida lei:

“Art. 1º Esta Lei define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal a ser aplicado.

**§ 1º Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.”**

Por outro lado, o artigo 24 da mesma lei trata do tipo penal da “Associação criminosa”, que alterou o artigo 288 do Código Penal, o qual já foi citado e esclarecido inúmeras vezes no tópico acima, com base no entendimento de Guilherme Nucci (2014), Rogério Greco (2007) e Cezar Bitencourt (2009).

Apenas vale frisar que na “Organização criminosa”, o mínimo é de quatro pessoas ou mais e aplicação se dá para ilícitos penais que possuem pena máxima superior a 4 anos, ou que sejam de caráter transacional.

## 4.2 OUTRAS PECULIARIDADES DESTE TIPO PENAL

A título de aprofundamento no estudo do delito em pauta, insta salientar algumas peculiaridades, que na prática podem confundir inclusive o magistrado no momento do julgamento, pois são situações em que a dicotomia é extremamente tênue, daí a importância de um inquérito policial organizado (*persecutio criminis*). Isto é, para que os fatos narrados sejam o mais próximo da realidade, bem como, para que as provas colhidas não se encontrem prejudicadas ou não constituam suficientemente a materialidade do crime, possibilitando ao juiz a identificação do delito praticado e dos autores do mesmo.

A exemplo disso, de acordo com Regis Prado (2013, p. 266), na hipótese do concurso de pessoas, em que a punição só será realizada com a efetiva concretização do delito, mesmo que na forma tentada, é algo que já difere do crime de *associação criminosa*, e que por sua vez altera o panorama da fixação da pena. Além deste detalhe, o crime tipificado no artigo 288 do Código Penal, é um crime permanente. Outrossim, independente da desistência de qualquer dos integrantes da *associação criminosa*, este irá ser responsabilizado pelo crime ora estudado, em razão da consumação do delito se concretizar com a simples associação.



Ademais, neste delito da associação a fase do *inter criminis* não permite ser fracionada, e por este motivo, a tentativa se torna inadmissível.

Outra peculiaridade deste crime, segundo Regis Prado (2013, p. 266), é que na hipótese de todos os integrantes elaborarem o plano conjuntamente, contudo se no momento da prática alguns não participarem da ação, somente aqueles que fizeram parte responderam pelo concurso material. E por isso, os outros só responderam pelo crime previsto no artigo 288, a associação criminosa.

Além disso, há de ser observado que o delito da quadrilha ou bando (hoje, associação criminosa) é autônomo, o que significa dizer que este subsiste independente da existência da incidência do instituto de concurso de pessoas do delito em seguida praticado. Ou seja, se os componentes da quadrilha se associam com o objetivo de praticar crimes de sequestro, estes responderam, por exemplo, conforme o artigo 288 e 148 do Código Penal.

Em se tratando de mais uma peculiaridade deste ilícito penal, no que diz respeito à participação de menores na composição da associação criminosa, é importante salientar que, em regra, é possível sim que um menor de idade complemente o quantitativo para a caracterização da “quadrilha ou bando”, todavia para Nucci (2014, p. 1195), se os dois maiores imputáveis utilizarem-se de uma criança de nove anos para o cometimento de furtos ou roubos, não poderá este ser considerado uma associação criminosa, pois o menor neste caso provavelmente não tem a menor ideia do que está fazendo.

“É apenas uma hipótese de autoria mediata, ou seja, os maiores usam o menor para fins escusos. Mas, quando se tratar de adolescente que, não responsável penalmente, tem discernimento para proceder à associação, forma-se o grupo criminoso e configura-se o tipo penal. Note-se que o ânimo associativo não depende do entendimento do caráter ilícito do fato, daí porque o adolescente já o possui, embora seja punido apenas pela Vara da Infância e da Juventude, não pela Vara Criminal.”

Por sua vez, há posicionamento distinto, alguns entendem que haja vista os requisitos da inimputabilidade serem a ausência da capacidade de entender e de querer, de autodeterminação, como também, do livre-arbítrio, o menor não pode ser componente de uma associação criminosa e ter participação relevante para a adequação no tipo penal do artigo 288.

Por fim, vale ressaltar uma última situação curiosa que permeia este ilícito penal, decorrente da prática de crime continuado, ou seja, segundo Nucci (2014, p. 1196), o instituto

do crime continuado foi criado como um benefício para permitir a aplicação de uma pena mais branda em favor do réu que praticasse um delito da mesma espécie, “que, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes”, passassem a ideia de que um crime fosse sempre a continuação do outro. Pela doutrina majoritária, a exemplo de Paulo José da Costa Jr, isso seria mera ilusão, pois seria possível prevê que indivíduos associados na prática de vários roubos, mesmo que em continuidade delitiva, possam provocar a concretização do crime de formação de quadrilha, ou como chamado hodiernamente de *associação criminosa* estabelecido no artigo 288 do Código Penal, tendo em vista estarem acaudilhados com a finalidade específica de cometer crimes.

## **5. DA (DES)PROPORCIONALIDADE NA APLICAÇÃO DA PENA-BASE NO CRIME DE FORMAÇÃO DE QUADRILHA NA AÇÃO PENAL 470**

### **5.1 A AÇÃO PENAL 470**

O caso em análise é aquele referente à Ação Penal 470 (AP 470), que tem como objeto a prática ilegal vulgarmente chamada de “Mensalão” pelos próprios acusados na ação. Esta vem tratar do escândalo de corrupção política que envolve os acusados de participar do esquema de aquisição de votos de parlamentares no Congresso Nacional brasileiro.

O referido fato ocorreu entre 2005 e 2006, e teve como protagonistas membros de alguns dos partidos brasileiros, contudo aquele que mais teve destaque foi o Partido dos Trabalhadores, bem como os integrantes do governo do Presidente Lula, o qual foi alvo de muitas críticas após este episódio.

Ocorre que a primeira informação sobre o “Mensalão” foi divulgada pela revista “Veja”, com a capa “O vídeo da corrupção em Brasília”, no dia 18 de maio de 2005, com a matéria “O Homem Chave do PTB”, referindo-se ao ex-deputado federal, Presidente do Partido Trabalhista Brasileiro-PTB, delator do esquema, Roberto Jefferson. A reportagem inicialmente teve como base a gravação de um vídeo, o qual mostrava o ex-chefe do Departamento de Contratação dos Correios-DECAM/ECT, Maurício Marinho, solicitando e concomitantemente recebendo vantagem indevida para ilicitamente beneficiar um empresário.

Após a divulgação dos fatos narrados acima, o Ministério Público Federal efetuou a denúncia que foi aceita pelo Supremo Tribunal Federal, e a partir daí a Ação Penal 470 prosseguiu no dia 22 e 27 de agosto de 2007, quando o Supremo Tribunal Federal deu início ao julgamento dos quarenta nomes denunciados pelo Ministério Público Federal, sendo responsabilizados pelos crimes de formação de quadrilha, peculato, lavagem de dinheiro, corrupção ativa, gestão fraudulenta e evasão de divisas.

Posteriormente a todos estes acontecimentos, mais escândalos políticos de corrupção foram descobertos e com base nas investigações realizadas pela Polícia Federal e pelo Ministério Público Federal estas novas cenas de corrupção tinham alguma conexão.

Atualmente, o julgamento da Ação Penal 470 chegou ao fim, e as críticas por advogados, juízes, professores e doutrinadores da área do direito só crescem sobre o seu

processamento. No momento iremos manter o foco na aplicação da pena base no crime de formação de quadrilha, hoje chamado de associação criminosa, com fulcro na alteração do tipo penal dada pela indigitada Lei 12.850/2013.

## **5.2 A MAJORAÇÃO DA PENA NO CRIME DE FORMAÇÃO DE QUARILHA**

Posteriormente, abordarmos todo o conceito e peculiaridades do crime previsto no artigo 288, hoje chamado de associação criminosa, passamos a acompanhar de que forma este delito foi enfrentado no julgamento do “Mensalão” (AP 470), e para tanto, através das sessões plenárias, televisionadas pelo canal “TV JUSTIÇA”, bem como a partir de vistas a alguns documentos do processo referentes às teses do Ministro Relator da ação Joaquim Barbosa, e do Ministro Revisor Ricardo Lewandowski é que fundamentamos o objeto central desta pesquisa.

Segundo visto na sessão plenária televisionada pelo “TV JUSTIÇA”, no dia 28 de agosto do ano de 2013, a qual os Ministros retomaram o julgamento dos embargos de declaração, o Ministro Revisor da ação, Ricardo Lewandowski entende que há uma desproporcionalidade por parte do Relator na fixação da pena base nos crimes de formação de quadrilha de alguns dos acusados no mensalão, isto com base em todos os argumentos apresentados, o que foge o próprio princípio constitucional da proporcionalidade advindo do princípio da reserva legal e do devido processo legal.

O Ministro argumentou que o aumento da pena-base foi 75% maior do que nos demais crimes. “Está configurada uma desproporção para o crime de formação de quadrilha, sendo possível sua correção. Nenhuma delas (outras penas) chegou perto da metade da pena mínima da primeira fase”, disse o Ministro.

Já o Relator, Ministro Joaquim Barbosa, discordou dos argumentos do Ministro Revisor e entende que a fixação da pena está de acordo com os trâmites legais, e foi feita “de maneira transparente”, analisando os percentuais de aumento e agravantes. Disse ele: “Não vejo razão para, em embargos de declaração, voltarmos a discutir tudo isso”.

Em suma, como já foi dito, os réus foram condenados pelos crimes de corrupção ativa, peculato, lavagem de dinheiro, evasão de divisas, gestão fraudulenta e formação de quadrilha. Ocorre que, durante o processamento da ação penal em questão, no momento da aplicação da pena base dos crimes supramencionados para alguns dos réus, o juiz relator e alguns dos

Ministros ao analisar os percentuais de aumento e os agravantes provocou uma dúvida pertinente aos demais colegas do Tribunal, tendo em vista o quanto disposto nos artigos 59 e 68 do Código Penal, a saber:

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

I – as penas aplicáveis dentre as cominadas;  
II – a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;  
III – o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;  
IV – a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível;”

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

Parágrafo único. No concurso de aumento ou de diminuição previstas na parte especial, pode o juiz limitar-se a um só aumento ou a uma só diminuição, prevalecendo, todavia, a causa que mais aumente ou diminua.”

Pois bem, em regra, no momento da fixação da pena é posto em prática o chamado *método trifásico* do qual já tratamos anteriormente, sendo assim, ao adentrar a primeira fase, a qual tem como finalidade a fixação da pena-base, o juiz, que não poderá fazê-lo de modo arbitrário, inicialmente por força do artigo 93, inciso IX da Constituição Federal que obriga o magistrado a declarar de forma expressa, clara e objetiva as razões de fato e de direito que fundamentam sua decisão.

Neste sentido é que o julgador deverá levar em consideração as diversas circunstâncias judiciais do referido artigo 59 do Código Penal, que possuem ora caráter subjetivo, como por exemplo, a culpabilidade e os antecedentes; ora caráter objetivo, sejam as circunstâncias e consequências do crime, da mesma forma que o comportamento da vítima pode servir para atenuar ou para agravar a pena.

De acordo com Paulo Queiroz (2006, p. 359), as referidas circunstâncias jamais poderão funcionar para “sopesar a pena mais de uma vez, nas várias fases de fixação”, se não, estaria neste caso, o juiz incorrendo no instituto do *bis in idem*. E é neste contexto, que

ressaltamos a Súmula 241 do STJ: “a reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial”.

O que de fato foi um dos alvos da divergência no plenário foi justamente a fixação da pena-base. Isto é, seguindo os trâmites do *método trifásico* de fixação da pena-base, os Ministros aumentaram a pena de oito réus (José Dirceu, Delúbio Soares, Kátia Rabello, José Roberto Salgado, José Genoíno, Cristiano Paz, Ramon Hollerbach e Marcos Valério) da ação penal em estudo de forma desproporcional. Segundo o Ministro Ricardo Lewandowski, que, para fundamentar sua tese, utilizou-se inclusive de matérias exatas e apresentou uma tabela, anexa, demonstrando seu entendimento acerca do cálculo da pena.

Mais especificamente, de acordo com tabela exibida pelo Ministro revisor, para os réus José Dirceu e Delúbio Soares a pena-base fixada para o crime de corrupção ativa fora agravada em 20%, ao passo que, para os crimes de formação de quadrilha tiveram uma pena aumentada em 75% e 63%, respectivamente.

Da mesma forma, aconteceu com José Genoíno que teve sua pena agravada em 15% no crime de corrupção ativa, em quanto que para o crime de formação de quadrilha a pena foi agravada em 63%. Vale ressaltar que os demais réus Kátia Rabello, José Roberto Salgado, Cristiano Paz, Ramon Hollerbach e Marcos Valério, tiveram penas com agravantes mais baixos para os diversos delitos como o de lavagem de dinheiro, peculato, gestão fraudulenta e evasão de divisas, e agravantes mais altos para o crime de formação de quadrilha.

Deste modo, a partir da análise dos fundamentos expostos para a agravação da pena-base do crime de formação de quadrilha, verifica-se que há uma incoerência ora ventilada por alguns dos Ministros. Ora, é cediço que não há possibilidade jurídica prevista no nosso ordenamento jurídico que permita ao magistrado utilizar-se de critérios absolutamente dissociados ou aleatórios para a dosimetria da pena, eis que se baseiam nas mesmas circunstâncias judiciais.

Desde logo, insiste a tese de que em decorrência da observância de circunstâncias judiciais mesmas para fixação da pena-base em diversos crimes praticados pelo mesmo réu, não é cabível uma desproporcionalidade tal qual ocorreu com os delitos denunciados da AP 470.

Aliás, seguindo o voto do Ministro Luís Roberto Barroso, em sessão plenária no julgamento do “Mensalão”, no dia 26 de fevereiro de 2014, esta desproporcionalidade se torna ainda mais caricata quando comparado o potencial lesivo dos crimes de corrupção ativa,

peculato, lavagem de dinheiro, evasão de divisas, gestão fraudulenta e formação de quadrilha. Expressou-se Barroso:

“A Corte se exasperou na aplicação das penas no quesito quadrilha apontando percentuais de aumento de pena, para esse crime, que variavam entre 63% e 75%, ao passo que em outros crimes, para mim, mais graves, o percentual de aumento da pena não chegou a 30%.”

O Ministro Barroso ainda foi mais longe: “Sem a exacerbação seletiva, as penas de quadrilha já estariam todas prescritas”.

Pois bem, o crime de formação de quadrilha é deles o de menor gravidade, tendo em vista, por exemplo, os delitos de peculato e corrupção ativa, previstos nos artigos 312 e 333 do Código Penal respectivamente, constantes do Título XI (Dos crimes contra a Administração Pública), e por isso, segundo Antonio Pagliaro e Paulo José da Costa Júnior (1997, p. 16) protegem toda a atividade funcional do Estado e dos demais entes públicos, haja vista o atual conceito de Administração Pública. Vale salientar que subsidiariamente estes ilícitos penais, além de atingir o Estado, podem alcançar até mesmo o particular prejudicado.

Ademais, na certeza do legislador corroborar gravidade mais ampla para estes crimes suas penas em abstrato são: “Pena – reclusão, de 2 (dois) anos a 12 (doze) anos, e multa.”, e no entanto para o crime de formação de quadrilha a pena é: “Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos.”.

Diante dos fatos e fundamentos jurídicos abordados, na medida em que se elucidam as possibilidades legais para o desmedido aumento da pena de quadrilha para os oito réus mencionados acima, de acordo com os votos dos Ministros Ricardo Lewandowski, Luis Roberto Barroso, Teori Zavascki, Dias Toffoli e Marco Aurélio, é que passamos ao ponto basilar da divergência do plenário quanto à fixação da pena-base do crime de formação de quadrilha.

### **5.2.1 Inobservância da proporcionalidade na dosimetria da pena**

Em síntese, o que fora observado diante do julgamento acerca da fixação da pena-base nos crimes supramencionados é que, necessariamente, houve a devida observância ao princípio da proporcionalidade do Direito Penal.

Hodiernamente, é sabido que este princípio é considerado um dos mais importantes de todo o direito, mais especialmente no Direito Penal. Segundo os pretextos deste princípio, é primordial que a pena guarde consigo a justa proporção com o grau de ofensividade da conduta delituosa, com a finalidade de orientar a criminalização de condutas pelo legislador, como também, a sua aplicação pelo juiz no momento da sentença, “devendo, em ambos os casos, a reação penal retratar, com fidelidade, o ‘merecimento’ do autor da infração, tomando-se em consideração, para tanto, todas as circunstâncias, objetivas e subjetivas, que envolvam a situação submetida a julgamento (CP, artigo 59)”, é entendimento de Paulo Queiroz (2006, p. 48).

Sob esta perspectiva é que restou prejudicada a efetivação do princípio da proporcionalidade das penas no julgamento da Ação Penal 470, tendo em vista não se verificar a justa proporção entre a fixação das penas nos crimes de corrupção ativa, peculato, gestão fraudulenta, evasão de divisas e o de formação de quadrilha, ora imputados aos oito réus aludidos anteriormente.

Ocorre que o papel deste princípio é de suma importância, uma vez que este não está restrito somente a uma parte do direito penal que é a fixação da pena, mas também, ele se incumbem de proteger e garantir direitos fundamentais, uma vez que como expressão da pretensão à liberdade da pessoa perante o Estado, só poderão ser limitados apenas na hipótese em que sejam fundamentalmente imprescindíveis à defesa dos interesses públicos.

Vejamos, na hipótese de que exista interesse público, ainda que, comprovadamente, a avaliação que este princípio sofreu na dosimetria da pena foi desarrazoada, pois independente da majoração da pena no crime de formação de quadrilha, tal qual como ocorreu, os respectivos réus já se encontravam com seus direitos à liberdade diminuídos. Data vêniam aos Ministros que mantiveram seu entendimento quanto a este fato, todavia a proporção que se baseia o princípio em tela é exigência indeclinável da justiça e da dignidade da pessoa humana.

Insta salientar que, segundo Humberto Ávila (2007), os princípios são normas do mais alto grau de generalidade, isto significa dizer que os princípios são normas que ordenam que algo seja concretizado na maior medida possível, em acordo com as possibilidades jurídicas e reais, ou seja, violar um princípio, tal como aconteceu no “Mensalão”, é muito grave, arrisca-se a afirmar que seria “melhor” violar uma norma princípio, em virtude da condenação de alguém, é, no mínimo temerário, pois esta violação ofende todo o sistema de comandos que emana da Lei Maior, além do mandamento específico do princípio.



Este ato praticado pelo Supremo Tribunal Federal é supostamente fato que comprova em alguns casos uma falha na limitação do poder estatal, pois embora a proporcionalidade obrigue ao juiz uma justa fixação da pena, a valoração das circunstâncias judiciais, como norma muito subjetiva, mesmo que definindo-se a culpabilidade, maus antecedentes, potencial lesivo do crime, entre outras, deixa a cargo do juiz uma discricionariedade que, por vezes, ocasiona a situações como esta. Para Aury Lopes Jr. (2010), o processo penal não pode, em hipótese alguma, ser considerado hoje como um singelo instrumento a serviço do poder punitivo, mas sim como aquele que desempenha um papel imprescindível de limitador do poder e garantidor do indivíduo submetido a ele.

Ademais, vale ressaltar que, além dos argumentos lançados acima, segundo o Ministro revisor Ricardo Lewandowski, seria indispensável também observar, em razão do princípio da proporcionalidade, a incidência do princípio *ne bis in idem*, pois é defeso ao juiz valorar o mesmo fato jurídico, de modo a agravar a pena. Portanto, é proibido a duplicidade das sanções impostas para o mesmo indivíduo, por um mesmo fato e por sanções que possuam a mesma motivação.

É importante frisar, mais uma vez, que a discussão presente na espécie se dá apenas com relação ao aumento da pena-base, e não com sua adequação típica propriamente dita, eis que não fora encontrado elementos ou argumentos plausíveis para o referido aumento, em sendo assim, lembramos das palavras de Charles de Montesquieu: “Toda pena que não deriva da necessidade absoluta, é tirânica”.

## 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por fim, a partir de toda esta explanação acerca de como o Poder Judiciário brasileiro vem atuando perante suas funções, mais especificamente com relação ao Supremo Tribunal Federal e o julgamento da Ação Penal 470, conhecida por muitos pelo chamado “Mensalão”, e que se tornou o maior escândalo político, haja vista sua exposição na mídia de forma intensa, o que levou este episódio a âmbito internacional.

Ultrapassados todos estes fatos, vimos desde o princípio como uma ação penal pode sofrer interferências tanto da própria sociedade, como da mídia e a influência política. Estes são fatores exógenos ao processo e que mesmo assumindo esta posição, conseguem impor muitos dos seus interesses, particulares ou coletivos, quando pensado na população.

Ocorre que, observamos certa incoerência, nalguns casos, visto que da mesma maneira que os referidos fatores podem levar o Judiciário a resultados mais justos e que atendam ao clamor público, estes também podem desviá-lo do caminho mais coeso, tento em vista, principalmente, pelos interesses políticos e capitalistas, ou seja, não podemos nos esquecer da corrupção que paira no Brasil, uma vez que o objeto principal desta pesquisa é exatamente um processo penal que avaliou crimes praticados por parlamentares, juntamente com terceiros, desde Deputados Federais a grandes empresários.

Pois bem, passando ao ponto crucial abordamos o aumento da pena-base no crime de formação de quadrilha (hoje, associação criminosa), previsto no artigo 288 do Código Penal com alteração dada pela Lei 12.850/2013, que posteriormente os oito réus (José Dirceu, Delúbio Soares, Kátia Rabello, José Roberto Salgado, José Genoíno, Cristiano Paz, Ramon Hollerbach e Marcos Valério) foram absolvidos com o julgamento dos embargos infringentes.

Neste íterim, fora avaliada a desproporcionalidade da fixação da pena-base no crime de formação de quadrilha e os demais crimes de corrupção ativa, peculato, gestão fraudulenta, evasão de divisas, ficando constatado que as circunstâncias utilizadas pelos Ministros que entenderam correta esta fixação, sejam elas, nas palavras do Ministro Relator Joaquim Barbosa: “números de agentes, função, valores supostamente subtraídos e a quantidade de delitos”, não foram valoradas com uma justa proporção no momento da aplicação da pena-base no crime previsto no artigo 288 do Código Penal.

Para tanto, utilizamos inclusive das tabelas abaixo apresentada pelo Ministro Revisor da ação, Ricardo Lewandowski, para examinar e elucidar todas as dúvidas referentes a esta

desproporcionalidade, com o intuito de deixar mais visível à tamanha discrepância entre as penas-bases dos crimes praticados pelos oito réus mencionados acima.

**DESproporcionalidade na fixação da pena-base para o delito de quadrilha**

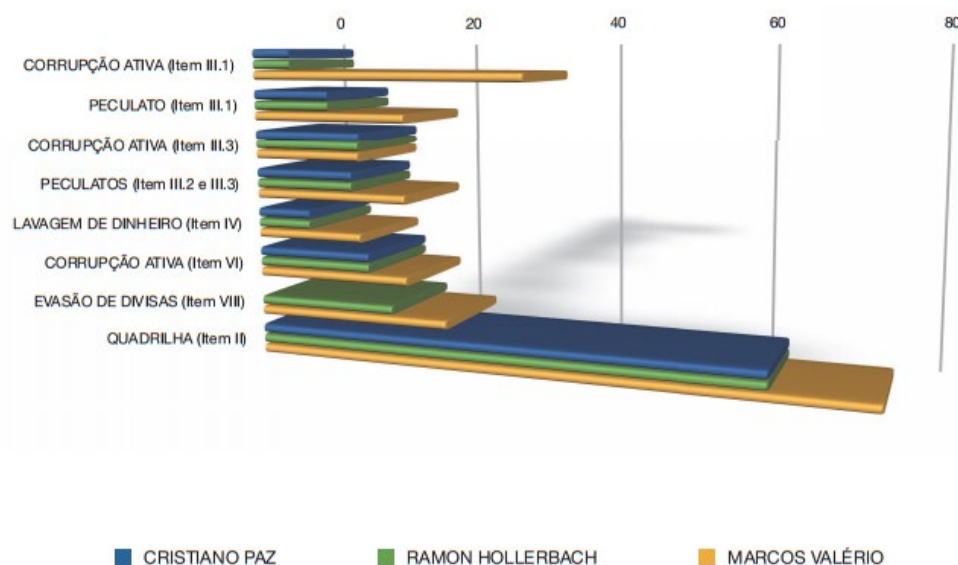
	CRISTIANO PAZ	RAMON HOLLERBACH	MARCOS VALÉRIO
CORRUPÇÃO ATIVA (Item III.1)	5%	5%	35%
PECULATO (Item III.1)	10%	10%	20%
CORRUPÇÃO ATIVA (Item III.3)	14%	14%	14%
PECULATOS (Item III.2 e III.3)	13%	13%	20%
LAVAGEM DE DINHEIRO (Item IV)	7%	7%	14%
CORRUPÇÃO ATIVA (Item VI)	15%	15%	20%
EVASÃO DE DIVISAS (Item VIII)	Absolvido	18%	25%
QUADRILHA (Item II)	63%	63%	75%

	KÁTIA RABELLO	JOSÉ ROBERTO SALGADO
LAVAGEM DE DINHEIRO (Item IV)	7%	7%
GESTÃO FRAUDULENTA (Item V)	10%	10%
EVASÃO DE DIVISAS (Item VIII)	18%	18%
QUADRILHA (Item II)	63%	63%

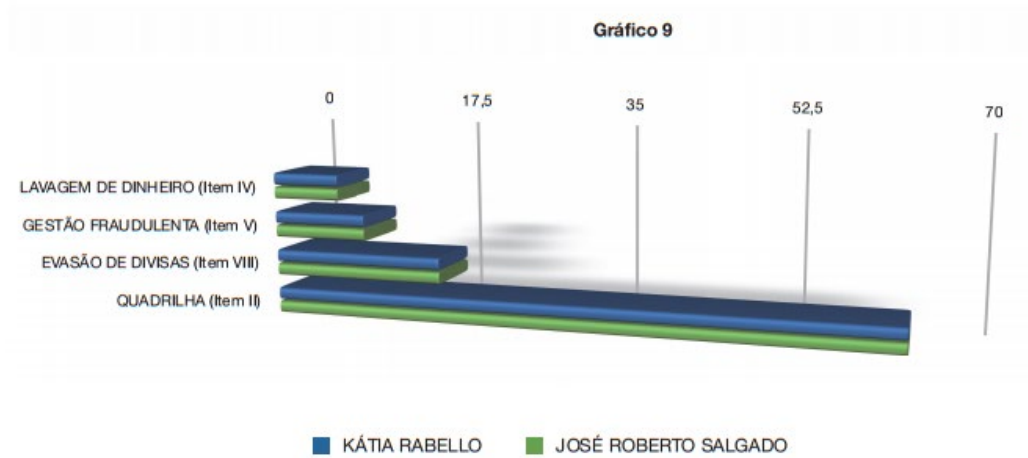
	JOSÉ DIRCEU	JOSÉ GENÓINO	DELÚBIO SOARES
CORRUPÇÃO ATIVA (Item VI)	20%	15%	20%
QUADRILHA (Item II)	75%	63%	63%

Ao observarmos a tabela acima, verificamos que as porcentagens demonstradas referentes à majoração da pena-base na cor azul, foram infinitamente menores do que aquelas marcadas de vermelho as quais se aludem ao delito de quadrilha. Isto é, demonstrando claramente a desproporcionalidade, tendo em vista que os diversos réus tiveram sua pena-base para o crime de quadrilha majorada em, por exemplo, 63% a 75%, enquanto que para os outros crimes mais graves *in concreto* 5% a 35%.

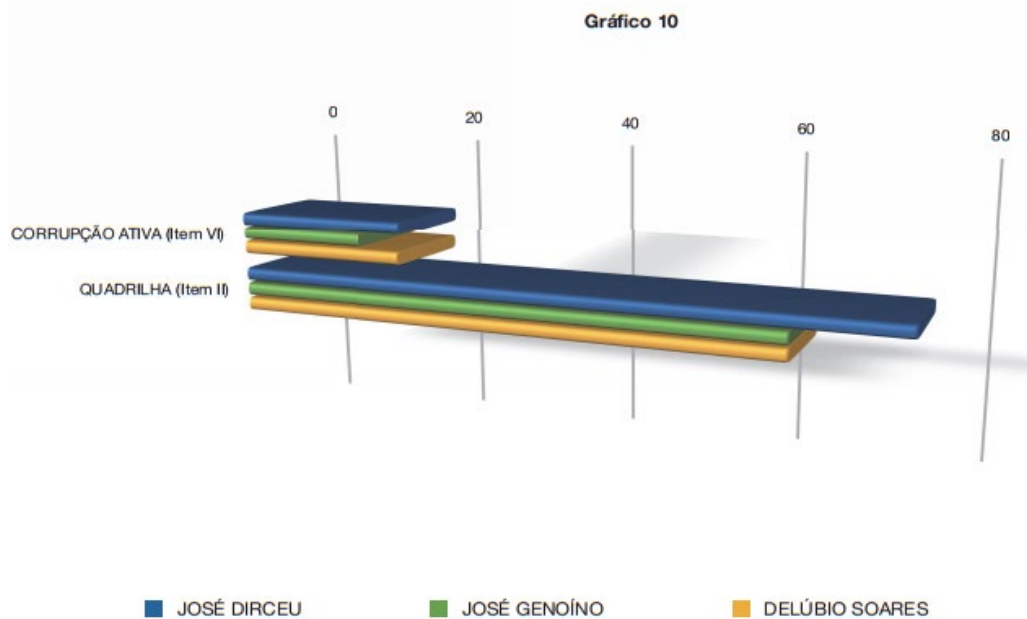
**DESproporcionalidade na fixação da pena-base do delito de quadrilha**



**DESPROPORCIONALIDADE NA FIXAÇÃO DA PENA-BASE DO DELITO DE QUADRILHA**



**DESPROPORCIONALIDADE NA FIXAÇÃO DA PENA-BASE DO DELITO DE QUADRILHA**



Vejamos também as tabelas acima que de outra forma, por gráficos, separam os réus por cores distintas e demonstram que a porcentagem da pena-base do delito de quadrilha em relação aos demais são consideravelmente maiores.

Portanto, segundo os Ministros Ricardo Lewandowski, Luis Roberto Barroso, Teori Zavaski, Dias Tóffoli, não há fundamentação lógica ou transparência nesta primeira fase do *método trifásico*, após esgotar todas as opções de que é incoerente fixar a referida pena-base

no crime de formação de quadrilha, além de não se permitir o *bis in idem* pelas circunstâncias judiciais.

Sendo assim, a única hipótese vislumbrada pelos Ministros Luis Roberto Barroso e Ricardo Lewandowski, para esta desarrazoada fixação da pena-base fora a de evitar a prescrição e, por hora, fazer com que os réus cumprissem a pena inicialmente em regime fechado. Disse Barroso “Sem a exacerbação seletiva, as penas de quadrilha já estariam todas prescritas”. E é sob esta perspectiva que fundamentamos a crítica com a relação à desproporção localizada no julgamento do crime de associação criminosa do tão falado “Mensalão”.

## REFERÊNCIAS

- ALVES, Fábio Wellington Ataíde. **Revista Direito e Liberdade – ESMARN – Mossoró - v. 1, n.1, p. 149 – 160 – jul/dez 2005**. Acessado em: 15/11/13
- ARENDT, Hannah. **Entre o Passado e o Futuro – Debates**. São Paulo: Perspectiva, 2000.
- BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. Começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. **Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v.232, p.141-176, abr./jun. 2003**. Acessado em: 20/04/14
- BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos Delitos e das Penas**. Trad. José Cretella Jr.; Agnes Cretella. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal, volume IV: parte especial**. 14. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal, volume I: parte geral**. 14. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BINDER, Alberto M. **Introdução ao Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003.
- BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das Penas e seus Critérios de Aplicação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- BRASIL. **Superior Tribunal Federal, HC n. 76196 – GO**. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Segunda Turma. DJ: 15.12.2000. Vol. 2016-03/448. Informativo STF n. 214. Data do julgamento: 29.09.1998
- BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça, RE n. 302.636 - RJ (2001/0011069-0)**. Relator: Ministro Vicente Leal. Relator para acórdão: Ministro Hamilton Carvalhido. DJ: 19.12.2003. Data do Julgamento: 24.06.2003.
- CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. Campinas: Conan, 1995.
- CARVALHO, Salo de. **Penas e Garantias: Uma Leitura do Garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001.
- COSTA JR., Paulo José. **Comentários ao Código Penal**. 7. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2002.
- DELMANTO, Celso *et al.* **Código Penal Comentado**. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.
- DIETER, Maurício Stegemann. **Política criminal atuarial: a criminologia do fim da história**. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

- DOTTI, René Ariel. **Bases alternativas para o sistema de penas**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías: la ley del más débil**. 4. ed. Madrid: Trotta, 2004.
- GRAU, Eros. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. Ed. Malheiros: 2002.
- HIRECHE, Gamil Föppel El. **A Função da Pena na Visão de Claus Roxin**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- HUNGRIA, Nélon. **Comentários ao Código Penal**. 1. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1955, v. 7.
- JESUS, Damásio Evangelista de. **Código Penal Anotado**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002.
- JUAREZ, Cirino dos Santos. **Direito Penal: parte geral**. 5. ed. rev. atual. e ampl. Florianópolis: Conceito, 2012.
- LAFER, Celso. **Hannah Arendt – Pensamento, Persuasão e Poder**. 2ª ed. revista e ampliada, 2003.
- LISZT, Franz von. **Tratado de Derecho Penal**. t. 1. 4. ed. Madrid: Editorial Reus, 1999.
- LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 14. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da Pena**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro, volume 3: parte especial – Art. 250 a 359-H**. 6. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2013.
- QUEIROZ, Paulo. **Direito penal: parte geral**. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2006.
- SARAIVA, **Vade Mecum**. 2º Semestre. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre a proibição de excesso e de insuficiência. **Revista da Ajuris**. Porto Alegre: Ajuris, nº 98, 2005, p. 127.
- SCHIMITT, Ricardo Augusto. **Sentença Penal Condenatória – Teoria e Prática**. 7. ed. rev. atual e ampl. Salvador: Jus Podivm, 2012.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. JÚNIOR, Alceu Corrêa. **Teoria da Pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal**. São Paulo: RT, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

THOMPSON, John B. **O Escândalo Político: poder e visibilidade na era da mídia**; tradução de Pedrinho A. Guareshi. – Petrópolis, RJ: Vozes, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Tratado de Derecho Penal - Parte General**. Buenos Aires : Ediar Editora, 1995.