



DEPARTAMENTO DE DIREITO

MESTRADO EM CIÊNCIAS JURÍDICAS

**APLICAÇÃO ALTERNATIVA DO DIREITO NA
DOSIMETRIA DA PENA**

Dissertação para obtenção do grau de mestre em ciências jurídicas na
Universidade Autônoma de Lisboa.

AUTOR: ALEXANDRE RIZZI

ORIENTADOR: PROFESSOR DOUTOR ANDRE VENTURA

Setembro de 2017

Lisboa

ALEXANDRE RIZZI

**APLICAÇÃO ALTERNATIVA DO DIREITO NA
DOSIMETRIA DA PENA**

Dissertação para obtenção do grau de mestre em ciências
jurídicas na Universidade Autônoma de Lisboa.

Lisboa

2017

“Consultemos o coração humano e nele encontraremos os princípios fundamentais do verdadeiro direito do soberano de punir os delitos.”

CESARE BECCARIA¹

¹ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Rio de Janeiro: Ed.Rio, 2002. Pág. 38.

Para minhas flores: Tatiana, Marianna e Giovanna.

AGRADECIMENTOS

**Agradeço a minha mãe que mesmo
distante está sempre presente.**

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	08
1. DO DIREITO ALTERNATIVO.....	12
1.1. Conceito.....	12
1.2. Desenvolvimento histórico da teoria do direito alternativo.....	16
1.3. Direito alternativo: princípio e característica.....	29
1.4. Críticas ao direito alternativo.....	30
2. DO ATIVISMO JUDICIAL.....	32
2.1. Conceito.....	32
2.2. Ativismo Judicial e sua repercussão na sociedade.....	33
2.3. Críticas ao Ativismo Judicial.....	34
3. DIREITO ALTERNATIVO OU ATIVISMO JUDICIAL?.....	35
4. ALGUMAS CONSID. ACERCA DA COCULPABILIDADE	37
5. CASOS RELEVANTES	56
6. DA DOSIMETRIA DA PENA.....	77
6.1. Principais características.....	77
6.2. Circunstâncias Judiciais.....	78

6.2.1. Culpabilidade.....	80
6.2.2. Antecedentes.....	85
6.2.3. Conduta social.....	87
6.2.4. Personalidade.....	89
6.2.5. Motivação.....	92
6.2.6. Circunstâncias do crime.....	94
6.2.7. Consequências.....	97
6.2.8. Comportamento da vítima.....	100
 7. DA APLICAÇÃO A. DO DIREITO NA DOSIMETRIA DA PENA...	 102
7.1. Análise crítica.....	102
7.2. Efeitos e consequências.....	113
7.3. Princípio da Imparcialidade.....	114
7.4. Princípio da Separação dos Poderes.....	115
7.5. Princípio da Ponderação.....	116
7.6. Princípio da Proporcionalidade.....	117
7.7. Da relativização do “Devido Processo Legal”.....	117
7.7.1. Do “Devido Processo Legal”.....	118
7.7.2. Da relativização do “Devido Processo Legal”.....	119
7.8. Considerações finais.....	121
 CONCLUSÃO.....	 124
 BIBLIOGRAFIA.....	 127

INTRODUÇÃO

Surgiu no Brasil, a partir do final da década de 70, com orientação antecedente européia, notadamente italiana², um movimento integrado por professores, estudantes de direito, advogados e alguns Juízes, influenciado basicamente por pensamentos de esquerda, mas também por pensamentos como a doutrina dos direitos humanos, que tinha como fundamento uma visão crítica do direito oficial que representaria a expressão da classe dominante.

O Direito Alternativo seria a forma de se buscar equilíbrio entre as classes sociais, não pela negação pura e simples do direito oficial, ou da legalidade, mas pela exploração dos espaços deixados pelo próprio ordenamento jurídico seja pelas lacunas, contradições ou imprecisões encontradas no sistema, objetivando, com isso, dar soluções mais favoráveis aos desassistidos com a consequente ampliação do espaço democrático.

Não é só isso. Para esse movimento, segundo outra vertente, caso haja oposição entre a lei e a coisa justa devesse optar pela segunda uma vez que “de fato, toda a lei que contraria o justo natural carece de essência

² No dizer de Márcio Berclaz “Inspirado em mobilização inicial iniciada na Itália nos anos 70 pelos adeptos do “uso alternativo do direito”, originariamente difundida junto aos membros da denominada magistratura democrática italiana, atividade que também repercutiu, em maior ou menor grau, na Espanha, França, Alemanha e em diversos países da América Latina, inegável reconhecer que o Movimento do Direito Alternativo (MDA) não só fez história no Brasil como, até hoje, rende o que falar, mais do que isso, estimula a pensar o direito a partir de um novo paradigma contra-hegemônico que prefere trilhar o caminho da emancipação ao invés da regulação”.

de juridicidade e não gera o dever de justiça, não vincula os indivíduos para os efeitos de respeito e obediência”.³

O ponto de expansão do movimento no Brasil remonta a década de 90 quando se criou um grupo de estudos organizados por magistrados gaúchos. Ocorre que naquela época um importante veículo da imprensa escrita, o Jornal da Tarde, de São Paulo, publicou um artigo redigido pelo jornalista Luiz Makouf, visando desmoralizar o citado grupo com a manchete “JUÍZES GAÚCHOS COLOCAM DIREITO ACIMA DA LEI”. Entretanto, ao contrário do esperado, acabou dando início ao movimento, sendo os marcos iniciais o I Encontro Internacional de Direito Alternativo, realizado na cidade de Florianópolis, Estado de Santa Catarina, em 1991, e a publicação do livro Lições de Direito Alternativo 1, da editora Acadêmica.

A partir desse evento o movimento vem ganhando força, e, por conseguinte, outras vertentes, como o garantismo e o neoconstitucionalismo, e, por isso mesmo, sofre, como era de se esperar, duras críticas em seu caminho, mas sem perder, a meu ver, em essência, ou seja, aproximar na medida do possível a lei da justiça no caso concreto.

A idéia central é a de que como a lei resulta do processo legislativo, deveria representar os anseios da sociedade como um todo e não de um determinado grupo. Ocorre que no emaranhado político do sistema vigente surgem normas conflituosas, contraditórias e ambíguas, sem falar nas lacunas e nas inconstitucionalidades. Isso, na prática, acaba gerando distorções no próprio sistema, que, por vezes, são confirmadas pelo Poder Judiciário sob a justificativa de se estar respeitando a separação dos Poderes e, por conseguinte, o Estado Democrático de Direito.

³ MARINHO, Inezil Penna. *O Direito natural como fundamento de uma teoria do direito justo e os pressupostos de uma sociedade justa*. Brasília: Instituto de Direito Natural, 1979. Pág.48.

Diante disso, e tendo por base do Direito alternativo, a questão que se suscita é se o positivismo jurídico não estaria por “engessar” o Poder Judiciário que parece estar dissociado de uma função social, pois, ao deixar de resolver o caso concreto diante de uma lacuna ou de resolvê-lo sem a observância dos princípios gerais e de normas supralegais apenas para aplicar o direito positivado estaria, aparentemente, deixando de almejar a própria Justiça, que, em última análise, é o motivo de sua existência.

Então o direito alternativo surge como um movimento contrário ao “estado dominante” que institucionalizou a violência, a burocracia e a corrupção. Pretende, pois, aplicar o direito em função do que é justo e sob o prisma do bem social.

Entretanto, parece que a aplicação do direito alternativo como fundamento da busca pela Justiça passa pela humanização desse mesmo direito, ou seja, pela real necessidade de se sensibilizar o jurista das mazelas sociais e de quanto a neutralidade cega é perniciosa para todos, principalmente para aquele que tem o poder de combater o injusto e não o faz.

Nesse diapasão é que se pretende investigar a possibilidade de se aplicar o direito alternativo no momento da dosimetria da pena visando penas mais justas, mais pesadas ou mais brandas, dependendo do caso, sem com isso ferir a imparcialidade do magistrado ou o princípio da Separação dos Poderes.

Depreende-se, pois, ser de suma importância o estudo do tema sob enfoque, mesmo porque permitir a aplicação do direito alternativo na dosimetria da pena sem as devidas limitações é dar vazão ao arbítrio.

Para consecução dos objetivos propostos, proceder-se-á análise de bibliografia nas áreas constitucional, penal, processual penal e textos específicos sobre o tema principal, ou seja, “direito alternativo”

visando investigar suas origens, fundamentos e características, bem como sua tendência atual.

Utilizou-se o método dedutivo para o estudo da doutrina nacional e internacional relativa ao assunto. Buscou-se, pelos procedimentos metodológicos de pesquisa, abordar o tema proposto com o escopo de demonstrar as diversas interpretações dadas ao assunto em questão, utilizando-se de pesquisas doutrinárias, legislativas e jurisprudenciais, em livros, revistas jurídicas, artigos científicos e *sites* jurídicos especializados.

Vale destacar que visando manter o presente trabalho atualizado enfatizou-se o entendimento jurisprudencial acerca de temas correlatos envolvendo decisões de cunho alternativistas.

Por fim, pelo método e pesquisa utilizados e no afã de se atingir os objetivos propostos inicialmente, estruturou-se o trabalho em sete capítulos.

O primeiro trata do conceito e da evolução histórica da teoria do “direito alternativo”. O segundo apresenta as características do ativismo judicial. O terceiro pretende diferenciar o “ativismo judicial” dos alternativistas. O quarto capítulo trata da “co-culpabilidade” destacando sua importância teórica. No quinto capítulo são apresentados casos relevantes que de uma forma ou de outra se utilizou alternativamente o direito. No sexto capítulo é abordada a dosimetria da pena e suas características. E, finalmente, no sétimo capítulo analisa-se a possibilidade de se aplicar o direito alternativo na dosimetria da pena aumentando ou diminuindo a sanção conforme o interesse social, seguido das considerações finais.

1. DO DIREITO ALTERNATIVO

1.1. Conceito

Partindo do pressuposto que não há neutralidade no Poder Judiciário e, portanto, imparcialidade, e que os Poderes são comprometidos com o sistema imposto pelas classes dominantes que usam a lei como instrumento de sua dominação, se faz necessário criar alternativas ao direito vigente recusando aplicabilidade de leis injustas em nome de um compromisso maior com a sociedade e com a consciência do julgador, visando, com isso, dar maior equilíbrio ao convívio social.

Tendo por base essa idéia central e do reconhecimento que o direito positivo está em crise uma vez que inúmeras leis pecam de efetividade e que, portanto, jamais serão cumpridas, principalmente pela sua falta de sintonia com a coletividade, é que o julgador deverá priorizar o atendimento do justo considerando o dinamismo social em que está inserido interpretando a norma para solucionar a demanda a contento, não de maneira estanque e isolada, mas sim de forma dinâmica e abrangente, reproduzindo o sentimento de justiça por meio de um direito vivo e, portanto, eficiente, mesmo que essa interpretação seja contrária à norma positivada.

Nesse sentido, vale destacar os ensinamentos do Professor Lédio Rosa de Andrade, senão vejamos:

O movimento não possui uma ideologia, mas pontos teóricos comuns entre seus membros, destacando-se: 1) não aceitação do sistema capitalista como modelo econômico; 2) combate ao liberalismo burguês como sistema sociopolítico; 3) combate irrestrito à miséria da grande parte da população brasileira e luta por democracia, entendida como a concretização das liberdades individuais e materialização de

igualdade de oportunidades e condição mínima e digna de vida a todos; 4) uma certa simpatia de seus membros em relação à teoria crítica do Direito. Há uma unanimidade de crítica ao positivismo jurídico (paradigma liberal-legal), entendido como uma postura jurídica técnica-formal-legalista, de apego irrestrito à lei e de aplicação de uma pseudo interpretação lógica dedutiva, somada a um discurso apregoador: a) da neutralidade ou avaloratividade; b) do formalismo jurídico ou anti-ideológica do Direito; c) da coerência e completude do ordenamento jurídico; d) da fonte única do Direito e da interpretação mecanicista das normas efetuada através de um método hermenêutico formal/lógico/técnico/dedutivo.

Os juristas alternativos, em desacordo com a teoria e a ideologia juspositiva, denunciam: a) ser o Direito, político, parcial e valorativo; b) representar, o formalismo jurídico, uma forma de escamotear o conteúdo perverso de parte da legislação e de sua aplicação no seio da sociedade; c) não ser o Direito coerente e completo. Suas antinomias (contradições) e lacunas (vazios) são várias e explícitas; d) ser a lei fonte privilegiada do Direito, mas a ideologia do intérprete dá o seu sentido, ou o sentido por ele buscado. A exegese de um texto legal não é declarativa de seu conteúdo, mas, bem ao contrário, é axiológica e representa os interesses e fins perseguidos pelo exegeta.

Para sua práxis, o movimento defende: 1) Positivismo de Combate hoje chamado de positividade combativa. Trata-se de uma luta pelo cumprimento de várias leis, todas com conteúdos sociais, em pleno vigor, mas não cumpridas de fato; 2) Uso alternativo do Direito. É uma atividade hermenêutica. Realiza-se uma exegese extensiva de todos os textos legais com cunho popular e uma interpretação restritiva das leis que privilegiam as classes mais favorecidas, privilegiando-se a Constituição Federal. Trata-se de uma interpretação social ou teleológica das leis, ou seja, dar um sentido à norma buscando atender (ou favorecer) as classes menos privilegiadas ou a maioria da sociedade civil. É o contrário do realizado pelos juristas tradicionais, quando restringem as normas populares e ampliam as beneficiadoras das classes que lhes interessam; 3) Direito Alternativo em sentido estrito. É o ponto mais polêmico e extrapola os limites deste artigo. Trata-se de uma visão do Direito sob a ótica do pluralismo jurídico. Privilegia-se, como novo paradigma para a Ciência Jurídica, o Direito existente nas ruas, emergente da população, ainda não elevado a condição de lei oficial. Admite-se como Direito as normas não estatais, inclusive como fonte legitimadora do novo paradigma jurídico. Neste ponto, há divergências teóricas no próprio movimento. Eu não concordo com esse entendimento, pois até o momento, a meu ver, não conseguiu sustentação teórica capaz de justificar uma teoria jurídica alternativa. Acaba caindo nos mesmo equívocos

do juspositivismo criticado. De todas formas, o Direito Alternativo é uma movimento que se legitima por sua postura transformadora, de busca de mudança da tétrica situação socioeconômica do Brasil, cuja responsabilidade também é das instituições jurídicas.⁴

Já Márcio Berclaz delimita o assunto ao afirmar:

Mas, afinal, qual era e qual é o horizonte epistêmico, ideológico e científico do direito alternativo? Marxismo, positivismo fático, jusnaturalismo de combate, essas ainda são algumas expressões do Movimento do Direito Alternativo. Atualmente seria o debate voltado na supremacia e hierarquia da Constituição? Quais os elementos relevantes para sua definição.

Mais do que defini-lo por afirmações, é necessário saber o que o direito alternativo efetivamente não é. Não é julgar sistematicamente contra a lei, não é jusnaturalismo desvairado ou puro voluntarismo jurídico, mas sim analisar e interpretar a lei de modo crítico, reflexivo, axiológico e transformador de modo a ampliar possibilidades e reduzir desigualdades, especialmente das

⁴ Disponível em:

http://www.tjsc.jus.br/cejur/artigos/filosofiasociologia/direito_alternativo_ledio_andrade.htm

classes sociais desfavorecidas pelo próprio modelo e sistema econômico.⁵

Com forte influencia na doutrina dos direitos humanos, o Direito Alternativo, portanto, pode ser conceituado como o movimento protagonizado por juristas que buscam um direito livre e insurgente, transformador, preocupado com a legitimidade fática e por isso mais justo do que aquele que está positivamente posto, fundamentado atualmente nos princípios e garantias fundamentais de cunho constitucional e internacional e principalmente no sentimento de Justiça.

1.2. Desenvolvimento histórico da teoria do direito alternativo

É possível afirmar que o direito alternativo teve sua origem na Europa após a segunda grande guerra. Ocorre que no contexto do pós-guerra houve a reconstrução dos Parlamentos e o realinhamento dos partidos políticos europeus com a manutenção no poder daquelas pessoas remanescentes dos regimes totalitários nazifascistas, aliados, de certa forma, aos socialistas que surgiram diante da vitória soviética frente ao nazismo. É claro que esse realinhamento atingiu também o Judiciário que passou a ser reconhecido como o guardião da “nova lei” e da “nova ordem”.

Passou-se, então, a “uma gradual ‘substituição’ da legislação ordinária totalitária para uma nova ordem democrática. Enquanto que uma parte das forças políticas propugnava por uma ação parlamentar (no qual se insere os partidos mais conservadores, justamente daqueles de cunho liberal) outra parte, mormente de linha socialista, defendia a instauração de nova ordem (e novas leis, portanto) diretamente pelo povo, ou mediante seus representantes mais diretos, que eram, exatamente, os juristas – representados especialmente pelos juízes”.⁶

⁵ Disponível em: <https://www.flickr.com/photos/malomalverde/8641284183/>

Esse contexto sócio-político explica, num primeiro momento, o nascimento na Europa da linha alternativista do Direito.

Na França, por exemplo, surgiu o movimento “Crítica do Direito”, fundado em 1978, onde juristas, em sua maioria professores universitários, tentavam criar uma nova escola jurídica, propondo novas concepções teóricas e metodológicas, visando aproximar o direito da política, a partir de uma visão de sociedade baseada no conflito social.

Já na Itália, entre 1968 e 1969, explodiram movimentos sociais estudantis e lutas armadas por revolucionários radicais de esquerda. Num determinado momento a estratégia de luta mudou completamente e os “comunistas” adaptaram-se às condições socioeconômicas empenhando-se em conquistar posições na sociedade civil e nas instituições estatais, incluindo o Judiciário.

“A aproximação dessa nova ideologia de esquerda com o Direito pode explicar a ação concreta e articulada de juristas italianos, neste período conturbado da política no país, no sentido de assumir, institucionalmente, a posição de ‘representante do povo’ e de ‘guardião da democracia’. A demanda judicial passou a ser o instrumento de ação dos profissionais do direito, principalmente dos juizes, os quais passaram a relativizar a aplicação do direito positivo vigente em favor de ‘novos’ princípios gerais de direito, derivados dos ‘princípios fundamentais’ da Constituição italiana”.⁷

Esse movimento contou com a participação de magistrados, advogados, professores e estudantes de direito, que acabaram por formular a

⁶ MIRANDA, Roberta Drehmer de. **A “reinvenção” do direito alternativo: neoconstitucionalismo, garantismo penal e “direito das minorias”**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Ed., 2014. Pág. 19.

⁷ Idem, pág. 30.

chamada jurisprudência alternativa que segundo Andrade (1995), em verdade, possuía um projeto a ser efetivado, por meio da atividade judicial, em duas frentes: a) num ponto de vista interno, visando modificar o conteúdo das decisões e o método (ou forma) de decidir; b) num ponto de vista externo, modificar a própria postura do juiz, mais acessível às partes, um juiz mais visível e mais “público”, devendo ser parcialmente favorável às camadas sociais vulneráveis e aos anseios mais urgentes da sociedade.⁸

Já na Espanha houve o movimento “justiça para a democracia”, a partir da recepção de idéias italianas, sem assumir uma postura revolucionária em relação ao direito, mas objetivando evitar retrocessos em relação a conquistas democráticas.

No contexto brasileiro o alternativismo seguiu um caminho um tanto diferente do europeu. Ocorre que aqui as alianças políticas não obtiveram sucesso após o fim dos governos ditatoriais. Assim, os partidos de esquerda organizaram-se a fim de “denunciar” os governos de direita, as desigualdades sociais e a exploração econômica. Essa circunstância explica porque o direito alternativo ultrapassou no Brasil, e na América Latina, os limites atingidos na Europa. Nesse sentido Eliane Junqueira e Wanda de Melo Capeller, senão vejamos:

Do ponto de vista político, a América Latina foi vítima de ditaduras militares ou civis que devastaram o continente. Paradoxalmente, naquela época, a luta pelos direitos do homem se desenvolveu fortemente e vimos surgir movimentos alternativos ao direito e à justiça. Do ponto de vista teórico, a influência de um pensamento crítico, então em moda nos países centrais – o movimento “crítico do direito”, na França e nos Estados Unidos – foi difundido nos meios jurídicos por intermédio de certos “grupos

⁸ Idem, pág. 32.

de ponta” que se encontravam na Argentina, no México e no Brasil [...]

Não podemos negar tampouco a influencia na America Latina da corrente italiana conhecida como a da “utilização alternativa do direito”. Os juristas alternativos italianos, ao adotar claramente uma posição marxista, preconizavam, nos anos setenta, uma prática jurídica política cuja meta era a transformação política social, através do uso alternativo do direito, de forma a favorecer as classes oprimidas. [...]

A conjunção desses dois aspectos – político e cultural – assegurou a preponderância de uma abordagem marxista (ou neomarxista) à base das experiências alternativas postas em prática nesse continente.⁹

Após esses eventos, com o advento da Constituição de 1988, o Judiciário brasileiro obteve poder significativo principalmente com a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade de leis por meio da sentença judicial – ou seja, a consagração do controle “difuso” de constitucionalidade.

Vale evidenciar, nesse momento, e diante da sua importância para os modernos alternativistas, as principais características do controle “difuso” de constitucionalidade brasileiro fazendo, ao final, simples comparação com outros sistemas, principalmente o português.

Como sabemos, o controle de constitucionalidade está intimamente ligado a idéia da supremacia da Constituição em face de todo o ordenamento jurídico, uma vez que a norma infraconstitucional que não

⁹ Junqueira, Capeller, 1999, pág. 21.

respeitar seus pressupostos colocará em risco todo o sistema, na medida em que a própria constituição traz em seu bojo não só as regras procedimentais de sua criação como também os limites de seu alcance.

Seguindo essa idéia é possível concluir que o controle de constitucionalidade somente será possível nas constituições rígidas e semi-rígidas, uma vez que nas constituições flexíveis o legislador ordinário possui o poder constituinte ilimitado não havendo hierarquia entre as normas.

Assim, teremos o controle de constitucionalidade nos sistemas jurídicos em que as constituições são rígidas, ou seja, aquelas que só poderão ser alteradas mediante procedimento solene e dificultoso, ou semi-rígidas que poderão ser alteradas por procedimento mais complexo ou pelo processo legislativo ordinário.

O controle de constitucionalidade conforme citado anteriormente poderá ser preventivo ou repressivo e este, por sua vez, poderá ser abstrato (por via de ação) ou concreto (difuso), sendo que no preventivo o controle acontece antes da norma entrar em vigência e no repressivo o controle ocorre quando esta já está vigendo.

É interessante notar que há países que adotam apenas o sistema preventivo de constitucionalidade, como a França onde o Conselho Constitucional analisa a constitucionalidade ou não da norma após sua promulgação, vinculando as autoridades administrativas e judiciárias caso a norma em questão seja considerada de acordo com a Constituição, ou aqueles que adotam o sistema repressivo abstrato como no caso da Áustria onde apenas o Tribunal Constitucional poderá analisar questões constitucionais, não sendo possível aos juízes fazê-lo, ou, ainda, os Estados Unidos da América que adotam o modelo repressivo concreto (difuso), pois, ao contrário do sistema Austríaco, permite que todo e qualquer juiz analise a constitucionalidade ou não da lei ou ato normativo dentro de um caso concreto. A Alemanha, por sua vez, realiza o controle repressivo concreto e

abstrato, mas ambos efetivados apenas pelo Tribunal Constitucional Federal. Finalmente, Brasil e Portugal adotam um sistema misto, ou seja, tanto preventivo quanto repressivo e, neste último caso, concreto (difuso) ou abstrato (por via de ação), sendo o objetivo desse trabalho justamente descobrir as características do controle difuso nesses países, suas diferenças, se houver, e qual dos modelos tem atingido com maior eficiência seu objetivo, ou seja, permitir a qualquer juiz ou tribunal analisar a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo diante do caso concreto.

A constituição brasileira é considerada super-rígida¹⁰ na medida em que possui regras imutáveis ou cláusulas pétreas (CFB, art. 60, § 4º), só podendo ser alterada mediante procedimento legislativo específico e dificultoso.

Sendo assim, a idéia de supremacia da constituição está fortemente arraigada no sistema brasileiro devendo todo ordenamento jurídico se adequar às normas ali inseridas, mesmo porque estando a constituição no topo do sistema normativo é nela que o legislador buscará a forma e o conteúdo de elaboração das normas.

Portanto, para que haja respeito ao princípio da hierarquia entra as normas, estando à constituição no topo desse escalonamento, necessário haver uma forma de controle onde se verifica de forma preventiva e/ou repressiva a adequação da lei ou do ato normativo com a constituição.

No Brasil, como já visto alhures, o controle de constitucionalidade é feito de forma preventiva e repressiva (modelo misto). O controle preventivo ocorre antes da vigência da norma, sendo realizado pelo Executivo e pelo Legislativo¹¹, este por meio das *Comissões*

¹⁰ MORAES, Alexandre de – **Direito Constitucional**. 22. ed. São Paulo : Atlas, 2007, pág. 5.

¹¹ Alguns autores criticam esta classificação por entenderem que o controle repressivo também é exercido pelo chefe do Poder Executivo quando este, por exemplo, edita novo decreto anulando o decreto anterior por inconstitucionalidade. O Poder Judiciário, por

*permanentes de constituição e justiça*¹² e na votação em plenário e aquele por meio do exercício do poder de *veto jurídico*¹³.

O controle repressivo acontece após a vigência da norma, sendo realizado pelo poder Judiciário¹⁴ seja pelo sistema concentrado ou reservado ou pelo sistema difuso ou aberto.

O que se busca no sistema concentrado ou reservado é a declaração pelo Supremo Tribunal Federal da inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo em tese independentemente da existência de um caso concreto. São espécies de controle concentrado: 1. Ação direta de inconstitucionalidade (art. 102, I, a); 2. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º); 3. Ação direta de inconstitucionalidade interventiva (art. 36, III); 4. Ação declaratória de constitucionalidade (art. 102, I, a, *in fine*; EC nº 03/93); 5. Arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, § 1º).

É importante observar que no controle de constitucionalidade concentrado o objeto principal da ação é a declaração de inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo em tese, independentemente de um caso concreto, sendo que a decisão terá efeito

sua vez, também exerce o controle preventivo quando determina que o legislativo se abstenha de praticar ato concernente à tramitação processual de sua competência (STF, MS nº 22.503-3, de 12/04/1996).

¹² As Comissões permanentes de constituição e justiça analisam a compatibilidade com o texto da Constituição Federal do projeto de lei ou proposta de emenda constitucional apresentados.

¹³ O veto jurídico é a participação do chefe do Poder Executivo no processo legislativo, já que poderá vetar, no todo ou em parte, o projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional por entendê-lo inconstitucional.

¹⁴ O Poder Legislativo poderá realizar controle repressivo nas hipóteses previstas no art. 49, V e art. 62, ambos da Constituição Federal. Também é possível admitir, segundo alguns autores, que o chefe do Poder Executivo realize essa espécie de controle (*ver nota nº 2*).

retroativo (*ex tunc*) e para todos (*erga omnes*), desfazendo-se o ato desde sua origem juntamente com todas suas consequências.

O controle concreto, difuso ou por via de exceção, por sua vez, permite que qualquer órgão do Poder Judiciário tenha competência para realizar, no caso concreto, a análise da constitucionalidade da lei ou do ato normativo vigente, sendo exercida por intermédio da ação incidental de inconstitucionalidade. Observa-se que diferentemente do controle abstrato não se discute a inconstitucionalidade em tese, mas apenas seus efeitos sobre um caso concreto.

Assim, a manifestação acerca da inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo não diz respeito ao objeto principal da lide, mas sim sobre questão prévia, indispensável ao julgamento do mérito, não produzindo, portanto, efeito *erga omnes*, ao contrário aplica-se somente ao caso concreto, ou seja, *inter partes*.

O STF, decidindo o caso concreto poderá, incidentalmente, declarar, por maioria absoluta de seus membros, a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo. Poderá, a partir disso, oficiar o Senado Federal para que este suspenda a execução, no todo ou em parte, da lei declarada inconstitucional (Lei Federal, Estadual ou Municipal). Nesse caso desfaz-se o ato desde a origem, assim como suas consequências, já que nulo por ser inconstitucional. Porém tais efeitos *ex tunc* (retroativos) só têm aplicação para as partes e na ação em que foi declarada a inconstitucionalidade. É possível, entretanto, com base nos princípios da segurança jurídica e na boa-fé, no caso concreto, ser declarada a inconstitucionalidade com efeitos *ex nunc*, desde que razões de ordem pública ou social assim exijam¹⁵.

¹⁵ MORAES, Alexandre de – **Direito Constitucional**. 22. ed. São Paulo : Atlas, 2007, p. 706.

É possível, entretanto, ocorrer ampliação dos efeitos da declaração incidental de inconstitucionalidade pelo STF, ou seja, *erga omnes*, quando o Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, da lei ou do ato normativo declarado inconstitucional, porém *ex nunc*, ou seja, a partir da publicação da resolução editada pelo Senado.

Observa-se que nem o STF está obrigado a oficiar o Senado nem este está obrigado a suspender a execução da lei ou do ato normativo julgado inconstitucional pelo STF em um caso concreto.

Aspecto interessante é a cláusula de reserva de plenário prevista no art. 97 da Constituição Federal Brasileira, onde se observa que a declaração de inconstitucionalidade só poderá ser efetivada pelo voto da maioria absoluta da totalidade dos membros do tribunal ou, onde houver, dos integrantes do respectivo órgão especial, não afastando, por óbvio, a possibilidade do controle exercido pelo juiz monocrático. Com isso, o legislador constituinte pretendeu dar maior segurança jurídica às decisões judiciais, na medida em que a cláusula de reserva de plenário tem por escopo evitar contradições entre os diversos órgãos dos tribunais, criando se não jurisprudência vinculante pelo menos um norte aos juízes competentes responsáveis pelo julgamento em concreto.

Vale ressaltar que se aplica a cláusula de reserva de plenário a todos os tribunais, inclusive ao STF no controle concentrado, sob pena de absoluta nulidade da decisão emanada do órgão fracionário¹⁶.

Finalmente, em que pese existir polêmica acerca do assunto, é possível o exercício do controle difuso de constitucionalidade em sede de ação civil pública desde que não se pretenda o efeito *erga omnes* (o que tiraria o controle concentrado do STF).

¹⁶ **Súmula Vinculante nº 10/2008**: “Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte”.

Assim como no Brasil o controle de constitucionalidade em Portugal é misto, ou seja, por um lado o país lusitano adotou o modelo Austríaco onde a constitucionalidade das normas é auferida pelo Tribunal Constitucional de forma concentrada ou abstrata e por outro o modelo norte-americano onde qualquer juiz diante de um caso concreto tem o dever de verificar a compatibilidade da lei ou do ato normativo com a Constituição.

Nesse sentido é possível afirmar que o modelo de controle de constitucionalidade português é composto pela fiscalização preventiva da constitucionalidade, fiscalização abstrata da constitucionalidade, inconstitucionalidade por omissão e a fiscalização concreta da constitucionalidade ou controle difuso.

Segundo o art. 278 da Constituição Portuguesa a fiscalização preventiva é realizada pelo Tribunal Constitucional – nos moldes do sistema francês –, que analisa a constitucionalidade ou não do ato normativo antes de sua promulgação sem que tenha produzido qualquer efeito jurídico, dificultando ou impedindo que norma inconstitucional entre em vigência.

É relevante destacar que somente o Tribunal Constitucional, nos termos do art. 223, f, da CRP/1976, tem competência para exercer a fiscalização preventiva da constitucionalidade de normas jurídicas.

São legitimados para propor a fiscalização preventiva o Presidente da República, Ministros da República, Primeiro-Ministro e 1/5 dos deputados da Assembleia da República.

O controle abstrato das normas, por sua vez, também é realizado pelo Tribunal Constitucional à semelhança do modelo austríaco. O Tribunal Constitucional aprecia e declara, com força obrigatória geral: a) A inconstitucionalidade de quaisquer normas; b) A ilegalidade de quaisquer normas constantes de ato legislativo com fundamento em violação de lei com valor reforçado; c) A ilegalidade de quaisquer normas constantes de

diploma regional, com fundamento em violação do estatuto da região ou de lei geral da República; d) A ilegalidade de quaisquer normas constantes de diploma emanado dos órgãos de soberania com fundamento em violação dos direitos de uma região consagrados no seu estatuto.¹⁷

O art. 283 da Constituição Portuguesa apresenta a hipótese de inconstitucionalidade por omissão quando não foram tomadas medidas legislativas necessárias para tornar exigíveis as normas constitucionais. Nesse caso, ao se verificar a existência de inconstitucionalidade por omissão será dado conhecimento disso ao órgão legislativo competente.

Por sua vez, o controle de constitucionalidade concreto ou difuso está previsto no art. 204 da Constituição Portuguesa, senão vejamos: *Nos feitos submetidos a julgamento não podem os tribunais aplicar normas que infrinjam o disposto na Constituição ou os princípios nela consignados.*¹⁸

Assim, o poder judiciário português analisa em sede de controle difuso ou concreto a inconstitucionalidade da norma, cabendo em todo caso recurso para o Tribunal Constitucional, que também poderá conhecer incidentalmente a inconstitucionalidade ou ilegalidade se for o caso.

Vale ressaltar que os tribunais e juízes portugueses, diferente do que se poderia supor, não estão limitados a deixar de aplicar a norma tida por inconstitucional, já que sua competência autoriza apreciá-la frente ao texto constitucional.

Conclui-se, portanto, que o sistema português permite ao julgador se posicionar acerca da questão da inconstitucionalidade num caso concreto – nunca em tese – e não apenas para admitir o incidente de

¹⁷ PORTUGAL, Constituição, 1976

¹⁸ Idem

inconstitucionalidade com remessa para ser apreciado pelo Tribunal Constitucional, como ocorre, inclusive, em outros países europeus.

O Tribunal Constitucional aprecia e declara ainda, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade ou a ilegalidade de qualquer norma, desde que tenha sido por ele julgada inconstitucional ou ilegal em três casos concretos, ou seja, é uma passagem da fiscalização concreta à fiscalização abstrata, dependente, entretanto, de iniciativa, não estando, contudo, obrigado a fazê-lo.

Após análise dos principais aspectos do controle de constitucionalidade no Brasil e em Portugal é possível depreender que não há grandes diferenças entre os sistemas adotados, isso porque ambos os sistemas são mistos seguindo de um lado o modelo Austríaco e de outro o modelo norte- americano.

A maior diferença encontrada está no controle preventivo já que em Portugal este é exercido pelo Tribunal Constitucional enquanto que no Brasil, em regra, é realizado pelo Poder Executivo, por meio do veto jurídico, e pelo Poder Legislativo, através das *Comissões permanentes de constituição e justiça* e da votação em plenário.

O controle abstrato no Brasil parece ser mais amplo e complexo, mas sem guardar grandes diferenças com o modelo adotado em Portugal.

Quanto ao controle difuso, em ambos os casos os juízes e os tribunais estão autorizados – e devem fazê-lo – a apreciar no caso concreto a constitucionalidade ou não de lei ou ato normativo, não estando obrigados como em alguns países europeus (França, por exemplo) a remeter a questão ao Tribunal Constitucional (ou ao Supremo Tribunal Federal), a não ser logicamente em caso de recurso.

Ponto relevante ocorre quando o Supremo Tribunal Federal após analisar questão incidental oficia ao Senado Federal para que este suspenda a execução, no todo ou em parte, da lei declarada inconstitucional, visando, com isso, ampliar os efeitos da declaração incidental de inconstitucionalidade, ou seja, *inter parte* para *erga omnes*. Em Portugal há previsão de passagem da fiscalização concreta à fiscalização abstrata quando o Tribunal Constitucional aprecia e declara, com força obrigatória geral (*erga omnes*), a inconstitucionalidade ou a ilegalidade de qualquer norma, desde que tenha sido por ele julgada inconstitucional ou ilegal em três casos concretos.

Finalmente, no Brasil temos a cláusula de reserva de plenário onde se observa que a declaração de inconstitucionalidade no controle difuso só poderá ser efetivada pelo voto da maioria absoluta da totalidade dos membros do tribunal ou, onde houver, dos integrantes do respectivo órgão especial, não afastando, por óbvio, a possibilidade do controle exercido pelo juiz monocrático.

Conclui-se diante do exposto que Brasil e Portugal possuem sistemas de controle de constitucionalidade bastante complexos e abrangentes que permitem a proteção dos preceitos e fundamentos constitucionais visando garantir a efetiva supremacia da constituição frente a todo o ordenamento jurídico.

Foi possível constatar também não haver grandes diferenças entre os modelos adotados por ambos os países seja no controle de constitucionalidade preventivo ou repressivo abstrato ou no repressivo concreto.

No mais, os sistemas aqui estudados privilegiam o controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário, em que pese existirem outros legitimados como no caso do Poder Legislativo e do Poder Executivo brasileiros, sendo certo que a moderna Teoria Constitucional considera que a proteção do texto constitucional é dever de todos.

Essa breve explicação sobre o controle de constitucionalidade serve para evidenciar que num determinado momento histórico o movimento alternativistas brasileiro sustentava o protagonismo dos juristas na condução da sociedade e na implementação das políticas sociais. Esse protagonismo era exercido principalmente por juízes dotados de poder para impor a ordem (mediante decisão judicial) e de afastar a aplicação de uma lei no caso concreto (primeiramente, por um critério simples de interpretação; posteriormente, pela declaração de inconstitucionalidade)¹⁹.

Com o tempo, entretanto, o movimento perdeu força em face da resistência que sofreu principalmente pela aproximação com as idéias socialista e diante da estabilização da economia após a implementação no Brasil do plano real, passando seus defensores a serem vistos como propugnadores de uma idéia de direito que desprestigia a lei. Fez-se necessário, portanto, revitalizar o movimento. Assim, “o alternativismo passou a se aproximar do fenômeno chamado “neoconstitucionalismo”, propugnando, pois, não mais a não aplicação da lei no caso concreto em favor de uma justiça individual do juiz, mas sim a aplicação da Constituição (e das normas constitucionais) e de seus princípios diretamente no caso concreto, seja pela interpretação da lei em conformidade com a tais princípios, seja pela declaração de constitucionalidade. O alternativismo encontrou, aí, na nova hermenêutica constitucional e no poder de declaração de inconstitucionalidade das leis (controle difuso), a circunstância favorável para sua revitalização e continuidade”.²⁰

1.3. Direito alternativo: princípio e característica

¹⁹ MIRANDA, Roberta Drehmer de. **A “reinvenção” do direito alternativo: neoconstitucionalismo, garantismo penal e “direito das minorias”**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Ed., 2014. Pág. 59.

²⁰ Idem. Pág. 62.

O Direito Alternativo tem por princípio a busca da igualdade, não a igualdade perante a lei, sendo a lei um produto que beneficia os dominantes, mas uma igualdade real, mesmo que utópica, onde o direito é usado como instrumento de equilíbrio entre as classes sociais, caracterizando-se, principalmente, pela crítica à ordem estabelecida revitalizando o direito positivo que muitas vezes se encontra distante da realidade fática.

1.4. Críticas ao direito alternativo

O maior problema ao se admitir um Direito Alternativo é a indiscutível ameaça à segurança jurídica, já que se permitiria que alguém sem mandato popular se arvorasse em “legislar”, uma vez que o julgador aplicaria seus próprios conceitos e pré-conceitos a um caso concreto, mesmo com as melhores intenções, transformando a busca pelo direito em uma questão de sorte ou azar.

Deixar ao alvedrio do Juiz ou de sua discricionariedade a solução de todas as demandas, agindo inclusive contra *legem*, sem dúvida seria um erro, pois, como já dito anteriormente, não é possível afastar todos os conceitos e pré-conceitos inerentes a pessoa humana, acarretando, por vezes, decisões mais injustas do que justas.

É certo, portanto, que seria pernicioso aceitar que o julgador tomasse às vezes de legislador em um caso concreto, desconsiderando a lei – mesmo que esta não seja inconstitucional por vício material ou formal – postulando a solução que entendesse melhor, já que para o mesmo caso teríamos as mais diversas soluções – isso é certo! – sendo esta a derrocada do Estado de Direito, caso se admitisse tal idéia.

Dessa forma entendo que o operador do direito deva sim considerar a aplicação alternativa da norma, mas não contra *legem*, e sim quando houver lacunas, contradições ou imprecisões encontradas no ordenamento jurídico dando soluções mais favoráveis e justas ao

desassistido ou excluído socialmente, buscando, com isso, equilibrar o sistema vigente em prol do fortalecimento democrático, transformando o direito atual em algo mais dinâmico e ligado à realidade, portando vivo, mas sempre usando a Constituição como fundamento.

No entanto, vale destacar as interessantes e oportunas observações críticas de Javier Hervada:

“Modernamente, na profissão jurídica introduziu-se uma forma sutil, mas inequívoca, de discriminação ou acepção de pessoas: o chamado uso alternativo do direito, segundo o qual se tem em conta o pertencer a pessoa à classe ‘burguesa’ (opressora) ou à classe ‘proletária’ (oprimida) para ditar a sentença num sentido ou noutro. Uma velha forma de injustiça, com roupas novas. Como é uma forma brutal de injustiça a apelação dos ‘direitos humanos do povo’ para reclamar o poder e, depois de conquistado, negar os mais elementares direitos à ‘classe opressora’, que se elimina mediante a ‘justiça popular’. É uma velha forma de vingança e de discriminação ou acepção de pessoas. Enquanto titulares de direitos, a justiça tem como igual o pobre e o rico, ao inocente e ao culpado, ao opressor e ao oprimido. Livra o oprimido da sua opressão, mas nega os direitos naturais do opressor; defende o pobre frente à prepotência do rico, mas não desconhece ao rico os poderes legítimos que possui; protege o inocente diante do culpado, mas concede a este um juízo justo e cuida da proporção das penas. Para a justiça, o último homem de Florença – pobre e azarento, apenas com o peso da própria

alma – pode tanto como Cosme Médicis, com a sua riqueza, o seu prestígio e a sua posição política; mas pesa o mesmo, não mais, como Cosme de Médicis pesa o mesmo e não mais. Na balança da Justiça cada um pesa o que pesa o seu direito”.²¹

No meu sentir, portanto, o neoconstitucionalismo, ou seja, essa nova forma de interpretação constitucional onde a Constituição é vista como um instrumento jurídico de garantia e efetivação de direitos, que por vezes substitui a própria lei, passou a legitimar o movimento alternativista, uma vez que agora ficou claro que seus adeptos não são contrários à lei, mas sim a favor da aplicação direta da Constituição como no caso de se afastar a aplicabilidade leis injustas e contrárias aos princípios constitucionais.

Os juízes, então, como guardiões da Constituição, ativamente, afastam a aplicabilidade de uma lei para a concretização da justiça no caso concreto, declarando-a inconstitucional pelo controle difuso, aplicando diretamente uma norma ou princípio constitucional.

2. DO ATIVISMO JUDICIAL

2.1. Conceito

Em sua obra “Dimensões do Ativismo Judicial no STF”, Carlos Alexandre de Azevedo Campos define ativismo judicial como “o exercício expansivo, não necessariamente ilegítimo, de poderes político-normativos por parte de juízes e cortes em face dos demais atores políticos, que (a) deve ser identificado e avaliado segundo os desenhos institucionais estabelecidos pelas constituições e leis locais; (b) responde aos mais variados fatores institucionais, políticos, sociais e jurídico-culturais

²¹ HERVADA, Javier. **Introducción Crítica AL Derecho Natural**, pág. 38.

presentes em contextos particulares e em momentos históricos distintos; (c) se manifesta por meio de múltiplas dimensões de práticas decisórias”.²²

O Ministro Luis Roberto Barroso delimita o tema ensinando que “a idéia de *ativismo judicial* está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (I) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (II) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (III) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas”.²³

É possível depreender, pois, que o ativismo judicial é exercido por juízes que ampliam a interpretação das normas e princípios constitucionais aplicando-os diretamente ao caso concreto sem que haja intermediação do legislador ordinário.

2.2. Ativismo Judicial e sua repercussão na sociedade

A idéia central por trás do ativismo judicial é que os juízes devem, em prol da igualdade, agir de forma mais contundente buscando garantir direitos. Isso se justificaria em razão da inoperância ou do abuso de poder por parte de outros atores políticos.

²² CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. Pág. 165.

²³ BARROZO, Luiz Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Revista nº 04 da Ordem dos Advogados do Brasil. Janeiro/Fevereiro de 2009. Pág. 06.

O que se busca, de uma forma mais ampla, é uma sociedade justa, ou seja, que garanta igualdade, educação, saúde, alimentação, distribuição da renda e pleno acesso à justiça. O Juiz, portanto, objetivando ampliar o espaço democrático exerceria sua função de forma a igualar diferenças e assegurar o cumprimento dos deveres do Estado, mesmo que para isso tenha que aplicar alternativamente a norma dando soluções equilibradas dentro do contexto fático.

Essa posição tem o condão de causar grandes mudanças, uma vez que o Juiz deixa de ser mero observador para se tornar sujeito ativo e, portanto, participativo do meio em que vive, dando maior dinamismo ao processo e efetividade à norma tornando-se vetor de mudanças socialmente positivas, agindo com proporcionalidade, razoabilidade, autocontrole e prudência.

2.3. Críticas ao Ativismo Judicial

Não há dúvida, entretanto, que os excessos acarretarão forte ameaça aos valores democráticos e à separação dos poderes uma vez que os Juízes não são agentes públicos eleitos, e dessa forma, segundo alguns, não teriam legitimidade para invalidar as decisões daqueles que exercem mandato eletivo.

Ocorre que a própria Constituição brasileira atribui esse poder ao Judiciário, especialmente ao Supremo Tribunal Federal, lembrando que é da atividade jurisdicional interpretar e dar sentido a expressões vagas e imprecisas, mesmo se considerarmos que cabe ao juiz aplicar a Constituição e as leis no caso concreto dando efetividade a uma decisão que foi tomada pelos eleitos, ou seja, pelos representantes do povo.

Vale destacar que a aplicação do direito não deve ser dissociada da realidade social e política em que vive o magistrado, devendo, sempre, considerar os efeitos que sua decisão irá produzir no meio social, bem como vislumbrar a expectativa dos jurisdicionado.

No mais, a separação entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, permite que cada um deles exerça controle recíproco sobre o outro, de maneira que cada um permaneça independente e sem representar riscos para a democracia já que não se permite que um seja hegemônico em relação ao outro.

Desta forma, o juiz não está ferindo o princípio da Separação dos Poderes quando age de forma discricionária observando a aplicação dos princípios e regras constitucionais visando cobrir lacunas e dando soluções mais favoráveis e justas ao excluído, na medida em que estaria apenas exercendo sua função de forma a equilibrar o sistema vigente em prol do fortalecimento democrático, não havendo qualquer inconstitucionalidade ou ilegalidade na decisão judicial baseada nessa fundamentação, uma vez que no meu sentir só é possível agir alternativamente quando houver imprecisões e/ou espaços na legislação, mas sempre buscando a igualdade entre os demandantes para uma melhor solução do litígio.

3. DIREITO ALTERNATIVO OU ATIVISMO JUDICIAL?

O ativismo judicial caracteriza-se por defender a aplicação imediata dos postulados e princípios constitucionais enquanto o antigo movimento alternativista buscava um instrumental prático-teórico que deveria ser utilizado pelos aplicadores do direito que colocariam seu conhecimento e sua atuação sob a perspectiva de uma sociedade democrática, libertando-a da dominação injusta.

Para os ativistas “o magistrado não pode interceder na legislação a ponto de interferir no equilíbrio dos poderes, cabendo ao juiz, portanto, encontrar a exata medida entre as funções estatais, ou seja, entre a interpretação da legislação em consonância com os princípios da função

social, solidariedade, razoabilidade e proporcionalidade, sem propriamente criar uma nova lei”.²⁴

“Cabe ao juiz dar corpo à legislação por meio de sua aplicação e não se exceder no poder judicante, fazendo emanar de uma decisão judicial o próprio conteúdo abstrato da norma. (...). O ativismo judicial não se constituiria em uma violação da constituição, mas sim uma nova maneira de interpretá-la. (...). Desta forma, desde que ao agir discricionariamente o juiz observe estritamente a aplicação dos princípios e regras constitucionais, não haverá inconstitucionalidade na decisão judicial baseada em ativismo. (...). Contrariamente, não pode o juiz deixar de dar ao jurisdicionado o devido amparo em razão da ausência de previsão legal ou simples omissão, ou ainda, deixar de contemplar a evolução social para albergar determinada interpretação, ou método interpretativo, que esteja em dissonância com a atualidade. Portanto, não havendo intervenção direta, ou seja, não emanando da decisão judicial uma ordem legal em abstrato, mas sim simples interpretação da lei segundo a norma constitucional, não haveria ilegalidade”.²⁵

Portanto, o ativismo difere do antigo ativismo uma vez que o primeiro pretende interpretar a norma conforme a Constituição de maneira a adequá-la a realidade fática, enquanto o segundo tencionava uma revolução, pois o magistrado estaria autorizado a desconsiderar a norma vigente sob a pecha de dar equilíbrio entre as partes envolvidas na demanda e entre as classes sociais, já que o direito estaria a serviço dos mais fortes e abastados.

²⁴ BATISTA, Neimar e PARODI, Ana Cecília. **O ativismo judicial como meio para efetivação da função social do processo.** Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8985. Acesso em 01 de novembro de 2016.

²⁵ Idem.

Ocorre que, como já foi dito, o movimento alternativista acabou por se aproximar no neoconstitucionalismo, encontrando na Constituição seu fundamento. Não seria demais afirmar, portanto, que hodiernamente os ativistas são a evolução lógica dos alternativistas.

4. ALGUMAS CONSIDERAÇÕES ACERCA DA COCULPABILIDADE

Diante da sua importância teórica, vale tecer algumas considerações acerca da coculpabilidade, na medida em que sob certos aspectos se aproxima da teoria alternativista.

Como sabemos o conceito de crime vem evoluindo com o tempo. É sabido que a teoria causal da ação foi superada quando os elementos subjetivos (dolo e culpa) migraram da culpabilidade para o fato típico, inaugurando uma nova concepção onde a culpabilidade passou a ser composta pela imputabilidade, potencial conhecimento da ilicitude, e a exigibilidade de conduta diversa.

Mais recentemente, o conceito de crime vem passando por nova evolução com as chamadas Teorias Funcionalistas. Agora os teóricos se voltam para a finalidade do Direito Penal, com base em estruturas sociológicas. Nas lições de Claus Roxin: “Os defensores desta orientação estão de acordo em rechaçar o ponto de partida do sistema finalista e partem da hipótese de que a formação do sistema jurídico-penal não pode vincular-se a realidades ontológicas precisa (ação, causalidade, estruturas lógico-reais, etc.), senão que única e exclusivamente pode guiar-se pelas finalidades do Direito Penal”.²⁶

As concepções Funcionalistas surgiram na Alemanha, a partir de 1970. Duas vertentes se destacaram: a primeira foi a Teoria Funcionalista Radical, ou Sistêmica, elaborada por Gunter Jakobs; a segunda foi a Teoria

²⁶ ROXIN, Claus. Derecho Penal – Parte General. Tomo I, Civitas, Madrid, 1997. Pág. 203.

Funcionalista Moderada, ou Teleológica, construída por Claus Roxin, que sem dúvida melhor atende aos fundamentos dos Estados Constitucionais de Direitos.

Nas lições do Professor Paulo Cesar Busato²⁷:

As origens de todo o funcionalismo se encontram na obra *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem* de Claus Roxin, considerada pedra fundamental desta nova maneira de interpretar a teoria do delito e de compor as bases do sistema de imputação.

Roxin parte de uma idéia a respeito do Direito penal, identificada com a proteção subsidiária de bens jurídicos e a respeito da pena, que deve ter um caráter preventivo geral e especial, para chegar à composição de um novo modelo de sistema de imputação.

Para Roxin o Direito penal é instrumento de *ultima ratio*, associado à proteção de bens jurídicos fundamentais ao desenvolvimento social do indivíduo. Daí decorre a necessidade de associação da fundamentação das categorias do delito a um fundamento material de ofensa ao bem jurídico.

De outro lado, para Roxin a pena cumpre uma dupla função: preventiva geral, aí entendida a perspectiva positiva limitadora, ou seja, a função de gerar o efeito afirmativo da

²⁷ Disponível em: <http://www.gnmp.com.br/publicacao/156/a-evolucao-dos-fundamentos-da-teoria-do-delito>.

permanência de proteção ao bem jurídico através da afirmação da continuação da vigência da norma turbada, e de prevenção especial, associada à idéia de ressocialização, ou pelo menos de controle da possível dessocialização.

Finalmente, convém sublinhar que a pretensão do funcionalismo dentro da idéia preconizada por Roxin não pode descurar, ao visar seus objetivos, da preservação dos seus princípios fundamentais de intervenção mínima, de legalidade e de culpabilidade.

O Professor Paulo Cesar Busato nos diz mais²⁸:

Em um segundo momento, partindo da mesma idéia de funcionalismo de Roxin, mas já com uma perspectiva absolutamente distinta no que se refere aos fundamentos, o Prof. Günther Jakobs propôs um modelo de imputação ao redor da idéia central de estabilização da norma. Para tanto, afirma que o Direito penal tem como missão principal a busca do reconhecimento da necessidade de estabilização normativa.

Jakobs se vale, como teoria de base, da teoria dos sistemas cujo principal artífice no âmbito das ciências sociais foi Niklas Luhmann. Daí a denominação desta tendência de Funcionalismo Sistêmico.

Para Jakobs, o mundo é formado por sistemas e subsistemas autopoieticos, e o Direito penal,

²⁸ Idem.

como subsistema do sistema jurídico, tem uma concepção fechada, que visa sua própria subsistência enquanto sistema. Para tanto, o objetivo central do Direito penal é a busca de estabilização da norma que é o seu elemento estrutural próprio. A aplicação da reação penal, ou seja, da pena e da medida de segurança, tem por objetivo gerar a confiança da população no sentido da vigência da norma que foi desafiada pelo autor do delito.

Nesse sentido, Jakobs refere expressamente:

“[...] não se pode considerar como missão da pena evitar lesões de bens jurídicos. Sua missão é, isto sim, reafirmar a vigência da norma, devendo equiparar-se, a tal efeito, vigência e reconhecimento. [...] Missão da pena é a manutenção da norma como modelo de orientação para os contatos sociais. Conteúdo da pena é uma réplica, que tem lugar à custa do infrator, frente ao questionamento da norma”.

Evidentemente, trata-se de um modelo que parte, antes de qualquer coisa, de um sistema fechado, na medida em que identifica um ponto de referência concreto na expressão normativa. Sem dúvida, e em igual medida, este modelo promove um alto grau de segurança jurídica e um ínfimo grau de flexibilidade.

Quanto as diferenças existentes entre os sistemas supramencionados nos ensina o Professor Busato²⁹:

²⁹ Idem.

São inúmeras as diferenças entre os sistemas de Roxin e de Jakobs. É possível diferenciar os dois sistemas a partir dos mais distintos pontos de vista, tanto internos (dentro da teoria do delito) como externos (a partir de sua consideração macro), por isso, com vistas a concentrar esta análise, optamos simplesmente por resumir, neste tópico, as características que o próprio Roxin aponta como nodais para a diferenciação entre estes dois sistemas de imputação.

Em primeiro lugar, Roxin se refere ao fato de que Jakobs limita as missões do seu sistema de imputação à pretensão de estabilização normativa, que configura tão somente a idéia de justificação da pena através da prevenção geral, enquanto que Roxin entende que esta missão é a prevenção de bens jurídicos, que inclui os direitos fundamentais do acusado, e por isso, se traduz na prevenção geral positiva, mas também na prevenção especial.

Em segundo lugar, Roxin aponta uma diferença quanto ao método consistente na admissão, de sua parte, da limitação negativa da determinação normativa com base empírica, fator negado veementemente por Jakobs, que adota um plano metodológico normativo absoluto.

Outro aspecto muito importante referido por Roxin é que sua idéia de funcionalismo presume a pretensão de converter os princípios

orientadores de um Estado social e democrático de Direito em “categorias dogmáticas e soluções de problemas jurídicos, enquanto que nos pressupostos sistemático-teóricos de Jakobs não existe nenhum conteúdo nem orientação político-criminal”.

É interessante notar que para o funcionalismo teleológico o conceito de crime não mais se divide em fato típico, ilícito e culpável, mas sim em fato típico, ilícito e reprovável. A idéia de reprovabilidade passa pela percepção da necessidade da pena além da imputabilidade, da potencial consciência da ilicitude e da exigibilidade da conduta diversa. Portanto, a prevenção como uma das funções da pena não deve levar a condenação de um agente não culpável e a culpabilidade em si não legitima uma pena desnecessária.

É claro que a reprovação que mencionamos deve ser verificada individualmente, analisando-se a necessidade da pena e o grau de censura a ser imposta. Dessa idéia surge a necessidade de se perguntar até que ponto a influência do meio social na prática de determinados delitos é fundamental, e se assim for como se pode punir alguém ou em que medida se pode punir considerando a influencia do meio social.

Dessas considerações é possível depreender que o Estado é corresponsável pela prática de condutas criminosas por indivíduos marginalizados uma vez que estes não tiveram acesso a serviços públicos essenciais. Isso foi chamado de coculpabilidade. Esse conceito foi construído por Eugenio Zaffaroni e José Henrique Pierangeli, que assim ensinam: “Todo sujeito age numa circunstância dada e com um âmbito de autodeterminação também dado. Em sua própria personalidade há uma contribuição para esse âmbito de autodeterminação, posto que a sociedade – por melhor organizada que seja – nunca tem a possibilidade de brindar a todos os homens com as mesmas oportunidades. Em consequência, há sujeitos que têm um menor âmbito de autodeterminação, condicionado desta

maneira por causas sociais. Não será possível atribuir estas causas sociais ao sujeito e sobrecarregá-lo com elas no memento da reprovação de culpabilidade. Costuma-se dizer que há, aqui, uma ‘co-culpabilidade’, com a qual a própria sociedade deve arcar”³⁰

A teoria da Coculpabilidade evidencia, portanto, que uma parcela de responsabilidade deve ser imputada à sociedade e ao Estado quando uma pessoa marginalizada comete um delito já que sua autodeterminação estaria comprometida em face da insuficiência e em alguns casos da ausência de efetivação dos direitos fundamentais.

Moura entende como coculpabilidade³¹:

O princípio da co-culpabilidade é um princípio constitucional implícito que reconhece a corresponsabilidade do Estado no cometimento de determinados delitos, praticados por cidadãos que possuem menor âmbito de autodeterminação diante das circunstâncias do caso concreto, principalmente no que se refere às condições sociais e econômicas do agente, o que enseja menor reprovação social, gerando consequências práticas não só na aplicação e execução da pena, mas também no processo penal.

Costa reforça essa definição³²:

³⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro – Parte Geral. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. Pág. 610-611.

³¹ MOURA, Grégore Moreira de. **Do princípio da co-culpabilidade no direito penal**. Rio de Janeiro: Impetus. 2006. Pág. 41.

³² COSTA, Tatiana Martins da. **Coculpabilidade como forma de flexibilização da responsabilidade penal**. Rio de Janeiro. 2013. Projeto de Pesquisa apresentado como

A teoria da coculpabilidade objetiva dividir a responsabilidade, diante da prática de um fato delituoso, entre Estado, sociedade, e o sujeito ativo do crime, tendo em vista a condição de hipossuficiência deste, em razão da falta de prestação estatal no que tange à efetivação de direitos individuais basilares.

Conforme manifesta Silva:³³

O princípio da coculpabilidade reconhece, com certo compromisso, as desigualdades sociais inerentes ao modo capitalista de produzir como importantes condicionantes de certos crimes, defendendo meios de se compensar a seletividade do direito penal que incide em maior frequência nos setores sociais marginalizados da sociedade.

Condizente com essa situação é Pinto (apud MARÇAL e FILHO):³⁴

Outro fundamento do princípio da coculpabilidade é reconhecer a desigualdade entre

exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Orientadores: Mônica Areal; Néli Luiza C. Fetzner; Nelson C. Tavares Junior. Pág. 03.

³³ SILVA, Wender Charles. **Ensaio sobre o princípio da coculpabilidade**. Patos de Minas. 2011. Pág. 02.

³⁴ MARÇAL, Fernanda Lira; FILHO, Sidney Soares. **O princípio da co-culpabilidade e sua aplicação no direito penal brasileiro**. Pág. 08.

os homens. Essa desigualdade deve ser descontada, na conta, na hora da reprovação. Se o cidadão que comete um delito é devedor do Estado, enquanto detentor do poder de punir é também credor, ao mesmo tempo, deste mesmo Estado, enquanto responsável pela criação de condições necessárias para o bem-estar dos cidadãos, então devemos entender que o Estado deve descontar aquilo que não realizou enquanto devedor, em face de não propiciar condições de vida digna a todos. Nesse sentido, a co-culpabilidade representa uma corresponsabilidade do Estado, no cometimento de delitos por parte desses cidadãos credores do Estado.

No mesmo sentido, corrobora Greco:³⁵

A teoria da co-culpabilidade ingressa no mundo do Direito Penal para apontar e evidenciar a parcela de responsabilidade que deve ser atribuída à sociedade quando da prática de determinadas infrações penais pelos seus supostos cidadãos. Contamos com uma legião de miseráveis que não possuem teto para abigar-se, morando embaixo de viadutos ou dormindo em praças ou calçadas, quenão conseguem emprego, pois o Estado não os preparou e os qualificou para que pudessem trabalhar, que vivem a mendigar por um prato de comida, que fazem uso da bebida alcoólica para fugir à realidade

³⁵ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal - Parte Geral, Volume I**, 2º ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2002. Pág. 469.

que lhes é impingida, quando tais pessoas praticam crimes, devemos apurar e dividir essa responsabilidade com a sociedade.

Baseia-se, portanto, a coculpabilidade no Princípio Fundamental da Igualdade Material que deve ser alcançado pelo Estado que ao não promovê-lo perpetua desigualdade e marginalização. Dessa maneira, quando uma pessoa marginalizada pratica um delito, deve-se avaliar a responsabilidade do Estado e da própria sociedade uma vez que deixaram de cumprir a Constituição sendo, portanto, corresponsáveis.

Nesse sentido a individualização da pena enquanto princípio ganha maior relevância. É que o Estado sendo corresponsável pelo delito deve arcar com sua parcela de culpa subtraindo-se a sua da parcela de culpa do agente. Então, verdadeiramente, o princípio da individualização da pena só se concretiza quando se leva em conta o fato criminoso e o próprio agente, considerando os aspectos sociais que influenciaram ou não sua conduta.

Vale dizer que o Direito Penal é regido pelo princípio da subsidiariedade, ou seja, é o ramo do Direito que só é utilizado quando os outros ramos falham em coibir uma conduta considerada incompatível com a vida em sociedade. Além disso, decorre da aludida subsidiariedade e também da fragmentariedade do Direito Penal que este deve tutelar apenas os bens jurídicos tidos como mais importante, e punindo apenas as condutas mais danosas.

Ocorre que, na prática, não se verifica a seleção criteriosa de bens jurídicos a serem tuteladas pelo Direito Penal. Na verdade é a classe dominante que acaba por determinar quais as condutas serão consideradas criminosas quais as penas correspondentes e quais as pessoas que deverão ser punidas, relativizando-se, pois, os princípios garantidores do Direito Penal. Este é o entendimento de Grégore Moura, “Esses valores, porém, são escolhidos e determinados pela “classe dominante”, fazendo do sistema

penal um produto ideológico, ou seja, reflete a ideologia política, sociológica e filosófica da classe “privilegiada” em determinado período histórico”.³⁶

Diante disso é possível afirmar que o Direito Penal encontra-se carente de legitimação já que não se aplica a todos de forma igualitária, sendo seletista e excludente.

A questão que se formula é como poderia ser usada na prática a teoria da coculpabilidade.

Vale destacar, por oportuno, que ordenamentos jurídicos alienígenas já positivaram o princípio da coculpabilidade, a exemplo do código penal peruano de 1991, que em seu art. 45, I, preceitua que:

“Artículo 45.- Presupuestos para fundamentar y determinar la pena El Juez, al momento de fundamentar y determinar la pena, deberá tener en cuenta: 1. Las carencias sociales que hubiere sufrido el agente; (...).

No mesmo sentido, o Código Penal da Argentina, em seu artigo 41, 1º, traz previsão expressa do princípio da coculpabilidade.

ARTICULO 41.- A los efectos del artículo anterior, se tendrá en cuenta:

[...]

2º. La edad, la educación, las costumbres y la conducta precedente del sujeto, la calidad de los motivos que lo determinaron a delinquir, especialmente la miseria o la dificultad de ganarse el sustento propio necesario y el de los

³⁶ MOURA, Grégore Moreira de. Do princípio da co-culpabilidade. Niterói: Impetus, 2006, p. 106.

suyos, la participación que haya tomado en el hecho, las reincidencias en que hubiera incurrido y los demás antecedentes y condiciones personales, así como los vínculos personales, la calidad de las personas y las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión que demuestren su mayor o menor peligrosidad. El juez deberá tomar conocimiento directo y de visu del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho en la medida requerida para cada caso.

No Brasil, entretanto, não há previsão legal para o princípio da coculpabilidade, levando alguns a sustentar que ele deve servir como parâmetro para o legislador que evitaria criar tipos que visem perpetuar a exclusão social e a marginalização.

Porém, ressalta Rangel:³⁷

Não basta estar apenas implicitamente positiva, é necessário que ela seja normatizada para ser eficaz e trazer uma maior segurança para seu real objetivo, que consiste no de levar em consideração as condições sociais e econômicas do agente delituoso na dosimetria da pena. Também não basta o reconhecimento de forma implícita no Direito Processual, mas sim, a

³⁷ RANGEL, Caio Mateus Caires. **Co-culpabilidade e a (in?) aplicabilidade no direito penal brasileiro**. Buenos Aires, Argentina. 2013. Artigo Científico a ser apresentado como requisito parcial para obtenção da aprovação na disciplina de Teoría del Delito dos cursos para o Doctorado en Derecho Penal, pela Universidad de Buenos Aires – UBA. Pág. 21.

necessidade de estar presente dentro do Direito Penal.

Para Rogério Greco, o princípio da coculpabilidade ora deve ser uma atenuante genérica, com fulcro no art. 66 do Código Penal, e ora acarreta a absolvição do autor, por conta de seu atuar não culpável.³⁸

O supramencionado autor exemplifica:

“Suponhamos que, durante uma ronda policial, um casal de mendigos, cuja ‘morada’ é embaixo de um viaduto, seja surpreendido no momento em que praticava relação sexual. Ali, embora seja um local público, é o único lugar onde esse casal conseguiu se estabelecer, em face da inexistência de oportunidades de trabalho, ou mesmo de programas destinados a retirar as pessoas miseráveis da rua a fim de colocá-las em lugar habitável e decente. Poderíamos, assim, atribuir a esse casal a prática do delito de ato obsceno, tipificado pelo art. 233 do Código Penal? Entendemos que não, pois que foi a própria sociedade que o marginalizou e o obrigou a criar um mundo próprio, uma sociedade paralela, sem as regras ditadas por essa sociedade formal, legalista e opressora. Não poderíamos, portanto, no exemplo fornecido, concluir que o casal atuou culpavelmente, quando a responsabilidade, na verdade, seria da sociedade que os obrigou a isso. Pode acontecer, contudo, que alguém pratique determinada infração penal porque,

³⁸ GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal - Parte Geral Volume I. 11. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011, p. 426.

marginalizado pela própria sociedade, não consegue emprego e, por essa razão, o meio social no qual foi forçosamente inserido entende que seja razoável tomar com as próprias mãos aquilo que a sociedade não lhe permite conquistar com seu trabalho. A divisão de responsabilidades entre o agente e a sociedade permitirá a aplicação de uma atenuante genérica, diminuindo, pois, a reprimenda relativa à infração penal por ele cometida”.³⁹

Assim, seria possível admitir a utilização do princípio da coculpabilidade como atenuante genérica quando não levar a absolvição por ausência de culpabilidade.

Mais audaciosa é a proposta que pretende a positivação da coculpabilidade como excludente de culpabilidade uma vez que não se pode esperar uma conduta diferente do agente que se vê marginalizado não incidindo qualquer reprovação social ou penal a sua conduta uma vez que o Estado se fez ausente quando necessário.

Moura propõe quatro possibilidades para essa efetivação da coculpabilidade no Direito Penal brasileiro:⁴⁰

A primeira opção da positivação da coculpabilidade é a sua inserção no art. 59 do Código Penal como uma circunstancia judicial que incidiria na primeira fase da aplicação da pena. É a proposta do anteprojeto de reforma do código, sendo a mais tímida entre as demais, visto que será inócuo o reconhecimento da co-

³⁹ Idem.

⁴⁰ MOURA, 2006, p.94, 95 e 96

culpabilidade se a pena base for fixada no mínimo legal, pois é cediço que as circunstâncias judiciais não podem trazer a pena aquém do mínimo legal. (...) A segunda hipótese seria sua positivação no art. 65 do Código Penal, que trata das atenuantes genéricas, o que poderia ser feito com a previsão de mais uma alínea no inciso III do citado art. 65 do Código Penal. É uma proposta mais audaz, uma vez que a previsão expressa da co-culpabilidade como atenuante genérica reforçaria a necessidade de sua aplicação, bem como limitaria o poder de liberdade e interpretação do magistrado, tão amplo quando da análise do art. 59 do mesmo diploma legal. Porém, mesmo o legislador fazendo a opção ora mencionada, segundo a maior parte da doutrina e da jurisprudência, ainda assim não poderia trazer a pena aquém do mínimo legal. (...) A terceira hipótese seria mais ousada e consistiria em acrescentar um parágrafo ao art. 29 do Código Penal, dizendo que “se o agente estiver submetido a precárias condições culturais, econômicas, sociais, num estado de hipossuficiência e miserabilidade sua pena será diminuída de um terço (1/3) a dois terços (2/3), desde que estas condições tenham influenciado e sejam compatíveis com o crime cometido”. Assim, quanto pior as condições elencadas no supracitado parágrafo, maior seria a redução da pena. É a nosso sentir, a melhor hipótese para a positivação da co-culpabilidade, pois é a mais consentânea com o Direito Penal democrático e liberal, na esteira do garantismo

penal, uma vez que permite a maior individualização da pena aplicada, além de poder reduzir a pena aquém do mínimo legal, dirimindo qualquer dúvida nesse aspecto, com incidência na terceira fase de sua aplicação. (...) A quarta e última hipótese, que, diga-se de passagem, não exclui a proposta feita no item anterior, também é um tanto audaciosa. A coculpabilidade seria positivada como uma causa de extinção da culpabilidade, visto que o estado social de miserabilidade e vulnerabilidade do cidadão é tão caótico, proeminente e elevado, que sobre o agente não incidiria qualquer reprovação social e penal, já que seu comportamento, além de ser esperado pelos seus co-cidadãos, é uma consequência exclusiva da inadimplência do Estado. Poderíamos dizer que a hipótese sob comento culminaria na eleição de mais uma causa de exclusão da culpabilidade além das previstas no Código Penal brasileiro. Seria uma espécie de inexigibilidade social da conduta calcada na falta de expectativa de comportamento, não surgindo daí o direito a ser tutelado. Vale ressaltar que, mesmo com a positivação da coculpabilidade pelo legislativo pátrio, o interprete deve ter em mente que deve haver compatibilidade entre o estado de miserabilidade e o crime cometido para que haja sua aplicação no caso concreto, ou seja, o estado de miserabilidade do agente deve ser uma das causas determinantes do crime.

Por oportuno vale transcrever o pensamento de Guilherme de Souza Nucci que em seu Código Penal Comentado nega a aplicação de tal princípio asseverando que:

“Não nos parece correta essa visão. Ainda que se possa concluir que o Estado deixa de prestar a devida assistência à sociedade, não é por isso que nasce qualquer justificativa ou amparo para o cometimento de delitos, implicando em fator de atenuação da pena. Aliás, fosse assim, existiriam muitos outros ‘coculpáveis’ na rota do criminoso, como os pais que não cuidaram bem do filho ou o colega na escola que humilhou o companheiro de sala, tudo a fundamentar a aplicação da atenuante do art. 66 do Código Penal, vulgarizando-a. Embora os exemplos narrados possam ser considerados como fatores de impulso ao agente para a prática de uma infração penal qualquer, na realidade, em última análise, prevalece a sua própria vontade, não se podendo contemplar tais circunstâncias como suficientemente relevantes para aplicar a atenuação”.⁴¹

Nesse sentido tem se manifestado a jurisprudência, vejamos:

EMENTA

HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. FURTO QUALIFICADO. DOSIMETRIA DA PENA. MAUS ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA. EXISTÊNCIA DE DUAS CONDENAÇÕES COM

⁴¹ NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. 10. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 234.

TRÂNSITO EM JULGADO. EXASPERAÇÃO NA PRIMEIRA E NA SEGUNDA FASE DE FIXAÇÃO DA PENA. POSSIBILIDADE. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. ATENUANTE GENÉRICA DO ART. 66 DO CÓDIGO PENAL. TEORIA DA CO-CULPABILIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO. REGIME INICIAL FECHADO. PACIENTE REINCENTE. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO PATAMAR MÍNIMO LEGAL. HIPÓTESE DE NÃO INCIDÊNCIA DA SÚMULA N.º 269 DESTA CORTE SUPERIOR. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ORDEM DE HABEAS CORPUS DENEGADA.

1. Se o réu ostenta mais de uma condenação definitiva, não há ilegalidade na utilização de uma delas na fixação da pena-base e de outra no reconhecimento da reincidência, com acréscimo na segunda fase do cálculo penal. O que não se admite, sob pena de bis in idem, é a valoração de um mesmo fato em momentos diversos da aplicação da pena, circunstância esta não evidenciada na hipótese. Precedentes.

2. A teoria da co-culpabilidade não pode ser erigida à condição de verdadeiro prêmio para agentes que não assumem a sua responsabilidade social e fazem da criminalidade um meio de vida. Ora, a mencionada teoria, "no lugar de explicitar a responsabilidade moral, a reprovação da conduta ilícita e o louvor à honestidade, fornece uma justificativa àqueles

que apresentam inclinação para a vida delituosa, estimulando-os a afastar da consciência, mesmo que em parte, a culpa por seus atos" 3. Nos termos da jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, ao réu reincidente condenado a pena inferior a quatro anos de reclusão aplica-se o regime prisional semiaberto, se consideradas favoráveis as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal. 4. Na hipótese, embora a pena fixada não alcance quatro anos, reconheceu-se, além da reincidência, a existência de circunstância judicial desfavorável ao Paciente, o que afasta a incidência do enunciado da Súmula n.º 269 desta Corte Superior, justificando, portanto, o estabelecimento do regime prisional mais severo. 5. Ordem de habeas corpus denegada.⁴²

Mais,

Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL - FURTO QUALIFICADO - ABSOLVIÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS - FARTO CONJUNTO PROBATÓRIO - CONDENAÇÃO MANTIDA - PRIVILÉGIO - INVIABILIDADE - REDUÇÃO DA PENA BASE - NÃO CABIMENTO - QUANTUM SUFICIENTE PARA A PREVENÇÃO E REPROVAÇÃO DO DELITO - RECONHECIMENTO DA ATENUANTE GENÉRICA DO ART. 66 DO CÓDIGO PENAL -

⁴² STJ - HC 213482 SP 2011/0165566-6, publicado no DJ 25.09.13.

IMPOSSIBILIDADE. RECURSO NÃO PROVIDO. 01. Impossível a absolvição do agente se o conjunto probatório é firme e consistente em apontar a autoria e materialidade do delito de furto qualificado, e, ainda, se emerge dos autos, de maneira induvidosa, a responsabilidade penal do agente. 02. O privilégio previsto no § 2º do art. 155 do Código Penal é incompatível com o furto qualificado. 03. Se a pena base restou fixada em patamar suficiente para a prevenção e reprovação do delito, deve a mesma permanecer inalterada. 04. O reconhecimento de atenuante inominada é faculdade dada ao julgador e somente pode ser reconhecida quando houver circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, não definida em lei.⁴³

5. CASOS RELEVANTES

Em um caso interessante e de grande repercussão onde é possível verificar a aplicação alternativa do direito, o Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais proferiu decisão favorável aos apelantes mesmo o pedido sendo *contra legem*⁴⁴. A questão girava em torno de um pedido de “permissão” para a realização de um abortamento eugênico que foi negado em primeira instância sob o fundamento de ser o pedido “juridicamente impossível”.

Os desembargadores fundamentaram sua decisão argumentando que há um choque entre as normas que definem como não punível o aborto

⁴³ TJ-MG - Apelação Criminal APR 10694120047360001 MG (TJ-MG), publicado em 12.08.13.

⁴⁴ AP/TAMG nº 10587, publicado no DJ 01.05.97.

proveniente de estupro (humanitário), onde o feto possivelmente nascerá saudável, e do outro lado o abortamento eugênico, não previsto em lei⁴⁵, quando o feto, se vier a nascer com vida, é obrigado a viver com inúmeras limitações, inclusive a de não ter consciência da própria existência. Entenderam os julgadores que lei carece de fundamento ao não considerar impunível a conduta que interromperia a gravidez de um feto inviável quando admite o abortamento de fetos viáveis (caso de estupro).

Além disso, centraram sua decisão no intenso sofrimento da família que teria que conviver, após passar pelo martírio de uma gravidez inviável, com um ser desprovido de consciência e totalmente dependente, agindo pautados por um sentimento de justiça.

A meu ver os desembargadores suprimiram no caso em comento o Princípio da Legalidade ao autorizar o abortamento eugênico uma vez que a lei ordinária brasileira não o autoriza, usando para tanto argumentos não jurídicos para fundamentar seus votos.

Com essa decisão os desembargadores julgaram “a lei” e não “segundo a lei” ou de “acordo com a lei”. Com se sabe nosso ordenamento é baseado na separação dos poderes. Ao se permitir que o magistrado decida dessa forma coloca-se em xeque a importância do Poder Legislativo, desequilibrando o sistema como um todo.

Com o devido respeito, entendo que a melhor decisão seria no sentido de se ponderar os princípios em conflito escolhendo aquele que se

⁴⁵ O Código Penal Português, a título de exemplificação, autoriza esse tipo de aborto, senão vejamos: CPP. Artigo 142º. Interrupção da gravidez não punível. (...). c) Houver seguros motivos para prever que o nascituro virá a sofrer, de forma incurável, de grave doença ou malformação congénita, e for realizada nas primeiras 24 semanas de gravidez, comprovadas ecograficamente ou por outro meio adequado de acordo com as *leges artis*, excepcionando-se as situações de fetos inviáveis, caso em que a interrupção poderá ser praticada a todo o tempo.

sobressai e fosse mais adequado socialmente. No caso em tela observo imediatamente que o Princípio da legalidade está em confronto com o direito a autodeterminação do corpo e da saúde da mulher, o direito a saúde e o direito a vida partindo do pressuposto que o feto, mesmo nascendo, é inviável. Assim, o aborto nesses casos deve ser autorizado, já que dos princípios em conflito aquele que garante o exercício da vida com dignidade se sobressai.

Ao analisar a arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 54 o Supremo Tribunal Federal decidiu em abril de 2012 o seguinte:

FETO ANENCÉFALO – INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ – MULHER – LIBERDADE SEXUAL E REPRODUTIVA – SAÚDE – DIGNIDADE – AUTODETERMINAÇÃO – DIREITOS FUNDAMENTAIS – CRIME – INEXISTÊNCIA. Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal.⁴⁶

O Ministro Marco Aurélio, relator da ação, aduziu que “inescapável é o confronto entre, de um lado, os interesses legítimos da mulher em ver respeitada sua dignidade e, de outro, os interesses de parte da sociedade que deseja proteger todos os que a integram – sejam os que nasceram, sejam os que estejam para nascer – independentemente da condição física ou viabilidade de sobrevivência. O tema envolve a dignidade humana, o usufruto da vida, a liberdade, a autodeterminação, a saúde e o reconhecimento pleno de direitos individuais, especificamente, os direitos sexuais e reprodutivos de milhares de mulheres”.⁴⁷

⁴⁶ ADPF 54/DF – STF.

⁴⁷ Idem. Pág. 33.

O brilhante Ministro disse mais: “Igualmente, Senhor Presidente, não é dado invocar o direito à vida dos anencéfalos. Anencefalia e vida são termos antitéticos. Conforme demonstrado, o feto anencéfalo não tem potencialidade de vida. Trata-se, na expressão adotada pelo Conselho Federal de Medicina e por abalizados especialistas, de um *natimorto cerebral*. Por ser absolutamente inviável, o anencéfalo não tem a expectativa nem é ou será titular do direito à vida, motivo pelo qual aludi, no início do voto, a um conflito apenas aparente entre direitos fundamentais. Em rigor, no outro lado da balança, em contraposição aos direitos da mulher, não se encontra o direito à vida ou à dignidade humana de quem está por vir, justamente porque não há ninguém por vir, não há viabilidade de vida. Aborto é crime contra a vida. Tutela-se a vida em potencial. No caso do anencéfalo, repito, não existe vida possível. Na expressão do Ministro Joaquim Barbosa, constante do voto que chegou a elaborar no *HabeasCorpus* nº 84.025/RJ, o feto anencéfalo, mesmo que biologicamente vivo, porque feito de células e tecidos vivos, é juridicamente morto, não gozando de proteção jurídica e, acrescento, principalmente de proteção jurídico-penal. Nesse contexto, a interrupção da gestação de feto anencefálico não configura crime contra a vida – revela-se conduta atípica”.⁴⁸

E prossegue afirmando que “inexiste hierarquia do direito à vida sobre os demais direitos, o que é inquestionável ante o próprio texto da Constituição da República, cujo artigo 5º, inciso XLVII, admite a pena de morte em caso de guerra declarada na forma do artigo 84, inciso XIX. Corrobora esse entendimento o fato de o Código Penal prever, como causa excludente de ilicitude ou antijuridicidade, o aborto ético ou humanitário – quando o feto, mesmo sadio, seja resultado de estupro. Ao sopesar o direito à vida do feto e os direitos da mulher violentada, o legislador houve por bem priorizar estes em detrimento daquele – e, até aqui, ninguém ousou colocar em dúvida a constitucionalidade da previsão”.⁴⁹

⁴⁸ Idem. Pág. 54-55.

⁴⁹ Idem. Pág. 59.

E continua dizendo que “está em jogo o direito da mulher de autodeterminar-se, de escolher, de agir de acordo com a própria vontade num caso de absoluta inviabilidade de vida extrauterina. Estão em jogo, em última análise, a privacidade, a autonomia e a dignidade humana dessas mulheres. Hão de ser respeitadas tanto as que optem por prosseguir com a gravidez – por sentirem-se mais felizes assim ou por qualquer outro motivo que não nos cumpre perquirir – quanto as que prefiram interromper a gravidez, para pôr fim ou, ao menos, minimizar um estado de sofrimento”.⁵⁰

Finalmente o Ministro Relator afirma que “não se coaduna com o princípio da proporcionalidade proteger apenas um dos seres da relação, privilegiar aquele que, no caso da anencefalia, não tem sequer expectativa de vida extrauterina, aniquilando, em contrapartida, os direitos da mulher, impingindo-lhe sacrifício desarrazoado. A imposição estatal da manutenção de gravidez cujo resultado final será irremediavelmente a morte do feto vai de encontro aos princípios basilares do sistema constitucional, mais precisamente à dignidade da pessoa humana, à liberdade, à autodeterminação, à saúde, ao direito de privacidade, ao reconhecimento pleno dos direitos sexuais e reprodutivos de milhares de mulheres. O ato de obrigar a mulher a manter a gestação, colocando-a em uma espécie de cárcere privado em seu próprio corpo, desprovida do mínimo essencial de autodeterminação e liberdade, assemelha-se à tortura ou a um sacrifício que não pode ser pedido a qualquer pessoa ou dela exigido”.⁵¹

De forma espetacular o Ministro termina seu voto declarando inconstitucional a interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencefálico é conduta tipificada no Código Penal Brasileiro.

Esse é apenas um exemplo de como é possível utilizar-se de princípios e regras fundamentais para se criar, a meu ver, um direito

⁵⁰ Idem. Pág. 66.

⁵¹ Idem. Pág. 68.

alternativo (mas não revolucionário como querem ou queriam alguns juristas), onde o Judiciário se aproxima da sociedade e responde questões fundamentais esquecidas pelo Legislativo.

Inovando no assunto, em recente decisão, a primeira turma do Supremo Tribunal Federal afastou a prisão preventiva de dois denunciados pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro pela suposta prática do crime de aborto com o consentimento da gestante e formação de quadrilha (artigos 126 e 288 do Código Penal). De acordo com o voto do ministro Luís Roberto Barroso a criminalização do aborto é incompatível com diversos direitos fundamentais, entre eles os direitos sexuais e reprodutivos e a autonomia da mulher, a integridade física e psíquica da gestante e o princípio da igualdade.

Vejamos a ementa do acórdão:

Ementa: DIREITO PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS PARA SUA DECRETAÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE DA INCIDÊNCIA DO TIPO PENAL DO ABORTO NO CASO DE INTERRUPTÃO VOLUNTÁRIA DA GESTAÇÃO NO PRIMEIRO TRIMESTRE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. O *habeas corpus* não é cabível na hipótese. Todavia, é o caso de concessão da ordem de ofício, para o fim de desconstituir a prisão preventiva, com base em duas ordens de fundamentos.

2. Em *primeiro lugar*, não estão presentes os requisitos que legitimam a prisão cautelar, a saber: risco para a ordem pública, a ordem econômica, a instrução criminal ou a aplicação

da lei penal (CPP, art. 312). Os acusados são primários e com bons antecedentes, têm trabalho e residência fixa, têm comparecido aos atos de instrução e cumprirão pena em regime aberto, na hipótese de condenação.

3. Em *segundo lugar*, é preciso conferir interpretação conforme a Constituição aos próprios arts. 124 a 126 do Código Penal – que tipificam o crime de aborto – para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre. A criminalização, nessa hipótese, viola diversos direitos fundamentais da mulher, bem como o princípio da proporcionalidade.

4. A criminalização é incompatível com os seguintes direitos fundamentais: *os direitos sexuais e reprodutivos da mulher*, que não pode ser obrigada pelo Estado a manter uma gestação indesejada; a *autonomia* da mulher, que deve conservar o direito de fazer suas escolhas existenciais; a *integridade física e psíquica* da gestante, que é quem sofre, no seu corpo e no seu psiquismo, os efeitos da gravidez; e a *igualdade* da mulher, já que homens não engravidam e, portanto, a equiparação plena de gênero depende de se respeitar a vontade da mulher nessa matéria.

5. A tudo isto se acrescenta o impacto da criminalização sobre as mulheres pobres. É que o tratamento como crime, dado pela lei penal brasileira, impede que estas mulheres, que não têm acesso a médicos e clínicas privadas, recorram ao sistema público de saúde para se submeterem aos procedimentos cabíveis. Como

consequência, multiplicam-se os casos de automutilação, lesões graves e óbitos.

6. A tipificação penal viola, também, o princípio da proporcionalidade por motivos que se acumulam: (i) ela constitui medida de duvidosa adequação para proteger o bem jurídico que pretende tutelar (vida do nascituro), por não produzir impacto relevante sobre o número de abortos praticados no país, apenas impedindo que sejam feitos de modo seguro; (ii) é possível que o Estado evite a ocorrência de abortos por meios mais eficazes e menos lesivos do que a criminalização, tais como educação sexual, distribuição de contraceptivos e amparo à mulher que deseja ter o filho, mas se encontra em condições adversas; (iii) a medida é desproporcional em sentido estrito, por gerar custos sociais (problemas de saúde pública e mortes) superiores aos seus benefícios.

7. Anote-se, por derradeiro, que praticamente nenhum país democrático e desenvolvido do mundo trata a interrupção da gestação durante o primeiro trimestre como crime, aí incluídos Estados Unidos, Alemanha, Reino Unido, Canadá, França, Itália, Espanha, Portugal, Holanda e Austrália.

8. Deferimento da ordem de ofício, para afastar a prisão preventiva dos pacientes, estendendo-se a decisão aos corréus.⁵²

Outra decisão de cunho alternativista toca um crime famélico, sendo que o magistrado fundamenta da seguinte forma:

⁵² STF – HC 124.306/RJ

“Em primeiro lugar deve-se levar em conta o estado de miserabilidade que alcança o povo brasileiro. Frei Betto até denuncia: luta-se para que a população ao menos tenha condições de vida próxima dos animais (alimentação, lugar para morar), posto que nem isso logram ter. A situação é de tal forma dramática(cerca de cem milhões de pessoas passam fome) que é insustentável condenar quem busca saciar sua fome (direito universal do cidadão). Há muito tempo, o Juiz francês Magnaud já absolvía ladrões de pão por considerar em legítima defesa contra a crueldade social.... O Judiciário contamina-se com a angústia popular e denuncia: ‘A desonestidade surge pela dramaticidade da situação econômica do agente. Não será a impunidade de fato irrelevante que fomentará o crime, mas a pobreza do povo. É a miséria a inimiga da aflita sociedade brasileira, não o jovem delinqüente que dela é fruto’”.⁵³

Seguindo essa linha de pensamento segue o julgado de número 70029665502, Relatoria de Amilton Bueno de Carvalho acerca de Furto Qualificado:

“INSIGNIFICÂNCIA. REJEIÇÃO DE DENÚNCIA CONFIRMADA. Lesão inferior à metade do mísero salário-mínimo nacional não justifica a movimentação de uma máquina cara, cansativa, abarrotada e cruel, como o Judiciário. Cuida-se de valor que dispensa a insurgência punitiva ultima ratio da interferência

⁵³ TJRS. Desembargador Léo Afonso Einloft Pereira.

controladora estatal. No mais, a simples presença de qualificadoras, no mensurar do desvalor da conduta, compensa-se com a circunstância de ter sido o delito meramente tentado (prejuízo meramente potencial, e não efetivo). Desatendido o princípio da ofensividade, resta afastada a tipicidade da conduta delitiva. Embargos acolhidos. Por maioria”.⁵⁴

Ainda acerca do princípio da insignificância outro julgado de Relatoria de Amilton Bueno de Carvalho, número 70029205317:

“Ementa: Furto tentado. Bagatela: ínfimo valor que não autoriza o ingresso da pendenga na seara penal, 'ultima ratio' da ingerência punitiva estatal. Absolvição. À unanimidade, deram provimento ao apelo defensivo.”⁵⁵

Sobre esse mesmo tema destacamos a seguinte Ementa:

“Ementa: PROCESSUAL PENAL. REJEIÇÃO DE DENÚNCIA. INTELIGÊNCIA DOS ARTIGOS 647, 648, I E 654, § 2º, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. - A decisão que recebe a denúncia não é irretratável. Cabe ao Magistrado, a qualquer tempo, rejeitá-la, em habeas corpus de ofício, sempre que verificar a

⁵⁴ Embargos Infringentes e de Nulidade N° 70029665502, Terceiro Grupo de Câmaras Criminais, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Amilton Bueno de Carvalho, Julgado em 15/05/2009.

⁵⁵ Apelação Crime N° 70029205317, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Amilton Bueno de Carvalho, Julgado em 29/04/2009.

ausência das condições da ação penal, por ser matéria que independe de dilação probatória. PENAL. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. - Lesão correspondente a 50% do mísero salário mínimo não justifica a movimentação de uma máquina cara, cansativa, abarrotada, cruel, como o Judiciário. Cuida-se de valor que dispensa a insurgência punitiva - última 'ratio' da interferência controladora estatal -, até bem distante do generoso patamar de R\$ 1.000,00 adotado para alguns setores privilegiados da criminalidade. - Desatendido o princípio da ofensividade, resta afastada a tipicidade da conduta delitiva. Lição de Eugênio Raul Zaffaroni. PROCESSUAL PENAL. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. - Em se tratando de suspensão condicional do processo, a decisão que extingue a punibilidade do fato apenas declara aquilo que, juridicamente, já se constituiu no momento do decurso do período de prova. Logo, qualquer revogação do benefício deve se dar ainda dentro do período estabelecido para a suspensão, 'ex vi' do art. 89, § 5º, da L. 9.099/95. Precedentes desta Corte. - À unanimidade, prejudicado o apelo ministerial, declararam extinta a punibilidade do fato.⁵⁶

Ainda,

⁵⁶ Apelação Crime Nº 70005025119, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Amilton Bueno de Carvalho, Julgado em 16/10/2002

“EMENTA: HABEAS CORPUS. CRIME DE DESCAMINHO (ART. 334 DO CP). TIPICIDADE. INSIGNIFICÂNCIA PENAL DA CONDUTA. TRIBUTO DEVIDO QUE NÃO ULTRAPASSA A SOMA DE R\$ 3.067,93 (TRÊS MIL, SESENTA E SETE REAIS E NOVENTA E TRÊS CENTAVOS). ATIPICIDADE MATERIAL DA CONDUTA. ORDEM CONCEDIDA. 1. O postulado da insignificância opera como vetor interpretativo do tipo penal, que tem o objetivo de excluir da abrangência do Direito Criminal condutas provocadoras de ínfima lesão ao bem jurídico por ele tutelado. Tal forma de interpretação assume contornos de uma válida medida de política criminal, visando, para além de uma desnecessária carcerização, ao descongestionamento de uma Justiça Penal que deve se ocupar apenas das infrações tão lesivas a bens jurídicos dessa ou daquela pessoa quanto aos interesses societários em geral. 2. No caso, a relevância penal é de ser investigada a partir das coordenadas traçadas pela Lei 10.522/02 (objeto de conversão da Medida Provisória 2.176-79). Lei que determina o arquivamento das execuções fiscais cujo valor consolidado for igual ou inferior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais). Sendo certo que os autos de execução serão reativados somente quando os valores dos débitos inscritos como Dívida Ativa da União pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional ultrapassarem esse valor. 3. Incidência do princípio da insignificância penal, segundo o qual para que haja a incidência da norma incriminadora não basta a mera adequação

formal do fato empírico ao tipo. Necessário que esse fato empírico se contraponha, em substância, à conduta normativamente tipificada. É preciso que o agente passivo experimente efetivo desfalque em seu patrimônio, ora maior, ora menor, ora pequeno, mas sempre um real prejuízo material. Não, como no caso, a supressão de um tributo cujo reduzido valor pecuniário nem sequer justifica a obrigatória cobrança judicial. 4. Entendimento diverso implicaria a desnecessária mobilização de u'a máquina custosa, delicada e ao mesmo tempo complexa como é o aparato de poder em que o Judiciário consiste. Poder que não é de ser acionado para, afinal, não ter o que substancialmente tutelar. 5. Não há sentido lógico permitir que alguém seja processado, criminalmente, pela falta de recolhimento de um tributo que nem sequer se tem a certeza de que será cobrado no âmbito administrativo-tributário do Estado. Estado julgador que só é de lançar mão do direito penal para a tutela de bens jurídicos de cuja relevância não se tenha dúvida. 6. Jurisprudência pacífica de ambas as Turmas desta Suprema Corte: RE 550.761, da relatoria do ministro Menezes Direito (Primeira Turma); RE 536.486, da relatoria da ministra Ellen Gracie (Segunda Turma); e HC 92.438, da relatoria do ministro Joaquim Barbosa (Segunda Turma). 7. Ordem concedida para restabelecer a sentença absolutória”.⁵⁷

⁵⁷ STF HC 100177, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Primeira Turma, julgado em 22/06/2010, DJe-154 DIVULG 19-08-2010 PUBLIC 20-08-2010 EMENT VOL-02411-03 PP-00575.

Por meio deste julgado fica claro que o Princípio da Insignificância é tido como um princípio de política-criminal, segundo o qual, condutas provocadoras de ínfima lesão ao bem jurídico tutelado pelo Direito Penal não devem ser disciplinadas por ele, uma vez que, conforme jurisprudência acima “só é de se lançar mão do Direito Penal para a tutela de bens jurídicos de cuja relevância não se tenha dúvida”. Neste mesmo sentido tem-se o seguinte julgado:

“EMENTA: HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. TENTATIVA DE FURTO. CRIME IMPOSSÍVEL, FACE AO SISTEMA DE VIGILÂNCIA DO ESTABELECIMENTO COMERCIAL. INOCORRÊNCIA. MERCADORIAS DE VALOR INEXPRESSIVO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICABILIDADE. 1. O pleito de absolvição fundado em que o sistema de vigilância do estabelecimento comercial tornou impossível a subtração da coisa não pode vingar. As pacientes poderiam, em tese, lograr êxito no intento delituoso. Daí que o meio para a consecução do crime não era absolutamente ineficaz. 2. A aplicação do princípio da insignificância há de ser criteriosa e casuística, tendo-se em conta critérios objetivos. 3. A tentativa de subtração de mercadorias cujos valores são inexpressivos não justifica a persecução penal. O Direito Penal, considerada a intervenção mínima do Estado, não deve ser acionado para reprimir condutas que não causem lesões significativas aos bens juridicamente tutelados. 4. Aplicação do princípio da

insignificância justificada no caso. Ordem deferida a fim de declarar a atipicidade da conduta imputada às pacientes, por aplicação do princípio da insignificância”.⁵⁸

Nesse sentido:

“EMENTA: HABEAS CORPUS. CRIME DE DESCAMINHO (ART. 334 DO CP). TIPICIDADE. INSIGNIFICÂNCIA PENAL DA CONDUTA. TRIBUTO DEVIDO QUE NÃO ULTRAPASSA A SOMA DE R\$ 3.067,93 (TRÊS MIL, SESSENTA E SETE REAIS E NOVENTA E TRÊS CENTAVOS). ATIPICIDADE MATERIAL DA CONDUTA. ORDEM CONCEDIDA. 1. O postulado da insignificância opera como vetor interpretativo do tipo penal, que tem o objetivo de excluir da abrangência do Direito Criminal condutas provocadoras de ínfima lesão ao bem jurídico por ele tutelado. Tal forma de interpretação assume contornos de uma válida medida de política criminal, visando, para além de uma desnecessária carcerização, ao descongestionamento de uma Justiça Penal que deve se ocupar apenas das infrações tão lesivas a bens jurídicos dessa ou daquela pessoa quanto aos interesses societários em geral. 2. No caso, a relevância penal é de ser investigada a partir das coordenadas traçadas pela Lei 10.522/02 (objeto de conversão da Medida

⁵⁸ STF HC 97129, Relator(a): Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 11/05/2010, DJe-100 DIVULG 02-06-2010 PUBLIC 04-06-2010 EMENT VOL-02404-02 PP-00300.

Provisória 2.176-79). Lei que determina o arquivamento das execuções fiscais cujo valor consolidado for igual ou inferior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais). Sendo certo que os autos de execução serão reativados somente quando os valores dos débitos inscritos como Dívida Ativa da União pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional ultrapassarem esse valor. 3. Incidência do princípio da insignificância penal, segundo o qual para que haja a incidência da norma incriminadora não basta a mera adequação formal do fato empírico ao tipo. Necessário que esse fato empírico se contraponha, em substância, à conduta normativamente tipificada. É preciso que o agente passivo experimente efetivo desfalque em seu patrimônio, ora maior, ora menor, ora pequeno, mas sempre um real prejuízo material. Não, como no caso, a supressão de um tributo cujo reduzido valor pecuniário nem sequer justifica a obrigatória cobrança judicial. 4. Entendimento diverso implicaria a desnecessária mobilização de u'a máquina custosa, delicada e ao mesmo tempo complexa como é o aparato de poder em que o Judiciário consiste. Poder que não é de ser acionado para, afinal, não ter o que substancialmente tutelar. 5. Não há sentido lógico permitir que alguém seja processado, criminalmente, pela falta de recolhimento de um tributo que nem sequer se tem a certeza de que será cobrado no âmbito administrativo-tributário do Estado. Estado julgador que só é de lançar mão do direito penal para a tutela de bens jurídicos de cuja relevância não se tenha dúvida.

6. Jurisprudência pacífica de ambas as Turmas desta Suprema Corte: RE 550.761, da relatoria do ministro Menezes Direito (Primeira Turma); RE 536.486, da relatoria da ministra Ellen Gracie (Segunda Turma); e HC 92.438, da relatoria do ministro Joaquim Barbosa (Segunda Turma). 7. Ordem concedida para restabelecer a sentença absolutória.”⁵⁹

Podemos afirmar, então, que a jurisprudência tem aplicado os seguintes critérios para verificação da aplicação do Princípio da Insignificância: a) ausência de periculosidade social da ação; b) mínima idoneidade ofensiva da conduta; c) falta de reprovabilidade da conduta, e d) inexpressividade da lesão jurídica causada. Sendo assim, o Princípio da Insignificância não deve ser aplicado a todo e qualquer delito contra bem jurídico de baixo valor, pois critérios devem ser observados em cada caso concreto. À guisa de ilustração têm-se os seguintes julgados:

“PENAL. HABEAS CORPUS. FURTO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INCIDÊNCIA. AUSÊNCIA DE TIPICIDADE MATERIAL. TEORIA CONSTITUCIONALISTA DO DELITO. INEXPRESSIVA LESÃO AO BEM JURÍDICO TUTELADO. ORDEM CONCEDIDA.

O princípio da insignificância surge como instrumento de interpretação restritiva do tipo penal que, de acordo com a dogmática moderna, não deve ser considerado apenas em seu aspecto formal, de subsunção do fato à norma, mas,

⁵⁹ STF HC 100177, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Primeira Turma, julgado em 22/06/2010, DJe-154 DIVULG 19-08-2010 PUBLIC 20-08-2010 EMENT VOL-02411-03 PP-00575.

primordialmente, em seu conteúdo material, de cunho valorativo, no sentido da sua efetiva lesividade ao bem jurídico tutelado pela norma penal, consagrando os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima.² Indiscutível a sua relevância, na medida em que exclui da incidência da norma penal aquelas condutas cujo desvalor da ação e/ou do resultado (dependendo do tipo de injusto a ser considerado) impliquem uma ínfima afetação ao bem jurídico. 3. A subtração de 2 litros de vodka SMIRNOFF e 1 litro de CAMPARI, posteriormente restituídos à vítima, embora se amolde à definição jurídica do crime de furto, não ultrapassa o exame da tipicidade material, mostrando-se desproporcional a imposição de pena privativa de liberdade, uma vez que a ofensividade da conduta se mostrou mínima; não houve nenhuma periculosidade social da ação; a reprovabilidade do comportamento foi de grau reduzidíssimo e a lesão ao bem jurídico se revelou inexpressiva. 4. Ordem concedida para determinar o trancamento da ação penal instaurada contra o paciente, invalidando-se, por consequência, eventual condenação contra ele imposta.⁶⁰

Mais,

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PENAL. CRIME DE DESCAMINHO. CRITÉRIOS DE ORDEM OBJETIVA. PRINCÍPIO DA

⁶⁰ STJ HC 161.800/MG, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 27/05/2010, DJe 21/06/2010.

INSIGNIFICÂNCIA. APLICABILIDADE. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO. 1. O princípio da insignificância tem como vetores a mínima ofensividade da conduta do agente, a nenhuma periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica provocada (HC 84.412/SP). 2. No presente caso, considero que tais vetores se fazem simultaneamente presentes. Consoante o critério da tipicidade material (e não apenas formal), excluem-se os fatos e comportamentos reconhecidos como de bagatela, nos quais têm perfeita aplicação o princípio da insignificância. O critério da tipicidade material deverá levar em consideração a importância do bem jurídico possivelmente atingido no caso concreto. Assim, somente é possível cogitar de tipicidade penal quando forem reunidas a tipicidade formal (a adequação perfeita da conduta do agente com a descrição na norma penal), a tipicidade material (a presença de um critério material de seleção do bem a ser protegido) e a antinormatividade (a noção de contrariedade da conduta à norma penal, e não estimulada por ela). 3. A lesão se revelou tão insignificante que sequer houve instauração de algum procedimento fiscal. Realmente, foi mínima a ofensividade da conduta do agente, não houve periculosidade social da ação do paciente, além de ser reduzido o grau de reprovabilidade de seu comportamento e inexpressiva a lesão jurídica provocada. Trata-se de conduta atípica e, como tal, irrelevante na seara penal, razão pela qual a hipótese comporta

a concessão, de ofício, da ordem para o fim de restabelecer a decisão que rejeitou a denúncia.

4. A configuração da conduta como insignificante não abarca considerações de ordem subjetiva, não podendo ser considerados aspectos subjetivos relacionados, pois, à pessoa do recorrente. 5. Recurso extraordinário improvido. Ordem de habeas corpus, de ofício, concedida.⁶¹

Outro julgado interessante é o que segue:

“Ementa: PORTE ILEGAL DE ARMA. E DESUMANO CONDENAR POR PORTE ILEGAL DE ARMA, CIDADAO QUE TENTA SUICIDIO; DIREITO NAO E MERA FORMA HASTA TAL PUNTO QUE INCLUSO EL PROBLEMA DE LA VIDA HUMANA PIERDE IMPORTANCIA - LICA O DE DAVID SANCHEZ RUBIO. (6 FLS.)⁶²

Outro julgado trata da concessão do indulto humanitário, no que tange um aprisionado portador do vírus da Aids e de tuberculose:

“Ementa: EXECUÇÃO PENAL. INDULTO HUMANITÁRIO. PRESENTES, CUMULATIVAMENTE, TODOS OS REQUISITOS DO ART. 1º, VI, "B", DO DECRETO N.º 5295/04, A CONCESSÃO DO

⁶¹ STF RE 536486, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 26/08/2008, DJe-177 DIVULG 18-09-2008 PUBLIC 19-09-2008 EMENT VOL-02333-05 PP-01083 RMDPPP v. 5, n. 26, 2008, p. 100-105.

⁶² Apelação Crime N° 70001945070, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Amilton Bueno de Carvalho, Julgado em 07/02/200.

INDULTO É DE RIGOR: PRINCÍPIO DA HUMANIDADE DAS PENAS. APENADO PORTADOR DE VÍRUS SIDA E TUBERCULOSE. - A pena não tem um fim em si mesmo, de modo a converter-se em pura retribuição e aniquilamento da condição humana do apenado. Não! Ela encontra limites - claros - no sistema de garantias estabelecidos pela Carta Política. - O suplício gótico imposto pelo sistema prisional ao apenado hígido torna-se inegavelmente mais gravoso ao apenado adoentado. Em outras palavras, se a prisão, por si-só, infringe uma carga de sofrimento ao preso, revela-se cruel e desumana - logo, irracional - quando o apenado está acometido de doença grave. - A finalidade segregacional da pena privativa de liberdade, mesmo que por meios tortuosos, resta atingida. Não no sentido de retirar do cidadão condenado a liberdade de ir e vir - a imposição do cárcere -, mas por força do ostracismo a que indubitavelmente o apenado será submetido enquanto portador de AIDS. Ou seja, além de estigmatizado pelo sistema de persecução penal, o estigma da doença acaba por lhe subtrair a "liberdade". - Lições de Luigi Ferrajoli, Nilo Batista e Eugenio Raúl Zaffaroni. À unanimidade, deram provimento ao recurso.”⁶³

Ainda na questão prisional:

“Ementa: EXECUÇÃO EM PENAL. PRISÃO DOMICILIAR: CABIMENTO DIANTE DAS

⁶³ Agravo em Execução Nº 70015235948, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Amilton Bueno de Carvalho, Julgado em 14/06/2006.

PRECÁRIAS SITUAÇÕES DA CASA PRISIONAL E DA AUSÊNCIA DE CASA DO ALBERGADO. NÃO HÁ VIOLAÇÃO AO DISPOSTO NA LEP: TRATA-SE DE DAR EFETIVIDADE AOS DIREITOS EXPRESSOS NA PRÓPRIA LEGISLAÇÃO E, EM ESPECIAL, NA GAMA DE DIREITOS ASSEGURADOS PELA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA HUMANIDADE DAS PENAS, DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, ETC. NEGARAM PROVIMENTO (UNÂNIME).⁶⁴

6. DA DOSIMETRIA DA PENA

6.1. Principais características

O ordenamento jurídico brasileiro adota o sistema trifásico para a dosimetria da pena em concreto, consagrado no art. 68, *caput*, do Código Penal, senão vejamos: “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”.

O art. 59, por sua vez, enumera as circunstâncias judiciais: 1ª. Culpabilidade; 2ª. Antecedentes; 3ª. Conduta social; 4ª. Personalidade do agente; 5ª. Motivos do crime; 6ª. Circunstâncias do crime; 7ª. Consequências e 8ª. Comportamento da vítima.

“A dosimetria da pena exige do julgador uma cuidadosa ponderação dos efeitos ético-sociais da sanção e das garantias constitucionais, especialmente a garantia da individualização do castigo. Em

⁶⁴ Agravo N° 70016345209, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Amilton Bueno de Carvalho, Julgado em 11/10/2006.

matéria penal, a necessidade de fundamentação das decisões judiciais, penhor de status civilizatório dos povos, tem na fixação da pena um dos seus momentos culminantes”.⁶⁵

O objetivo é dar ao jurisdicionado a perfeita compreensão dos motivos que levaram o magistrado, de maneira racional, a concluir pela pena imposta e não por qualquer outra, demonstrando imparcialidade e pleno conhecimento do fato e de suas circunstâncias.

6.2. Circunstâncias Judiciais

O Professor Cláudio Mendes Júnior nos ensina que o método trifásico, opção adotada pelo legislador brasileiro para a aplicação da pena, “estabelece que o magistrado, na sua atuação concretizadora da pena, até chegar a um resultado definitivo, deve transitar por três fases sucessivas partindo da pena abstrata consignada no tipo penal, fazendo o cálculo da fase sucessiva sobre o valor obtido na fase anterior, num cálculo cascata, nessa ordem: **1ª fase:** Amparado em oito circunstâncias judiciais consignadas no art. 59 do CP, deve inicialmente fixar a pena-base entre o mínimo e o máximo previstos no tipo; **2ª fase:** Sobre o valor obtido como pena-base fará incidir atenuantes e agravantes, obtendo uma pena intermediária; **3ª fase:** Finalmente, aplicará sobre o valor obtido na segunda fase as causas de diminuição e de aumento chegando à pena final ou definitiva”.⁶⁶

No presente trabalho apenas será analisada a primeira fase da dosimetria da pena, pois o que se questiona é se existe possibilidade do magistrado criar alternativas nesse exato momento visando aplicar penas maiores ou menores ao réu conforme o caso concreto e atendendo aos

65 SCHMITT, Ricardo Augusto. Sentença Penal Condenatória: Teoria e Prática. 8ª ed. Bahia: Editora JusPODIUM, 2014. Pág. 111.

66 MENDES JÚNIOR, Cláudio. Sentença penal e dosimetria da pena: teoria e pratica. Curitiba: Juruá, 2014. Pág. 148-149.

anseios de justiça que emanam da sociedade de que faz parte. Isso porque as duas outras fazes atendem a critérios objetivos e taxativamente previstos em lei não sendo o caso de verificá-las.

Quanto a primeira fase da dosimetria da pena, o art. 59 do Código Penal Brasileiro aduz o seguinte, *verbis*: “O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como o comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime: (...)”.

Ou seja, são circunstâncias judiciais que devem ser analisadas pelo juiz por ocasião da fixação da pena-base: 1) Culpabilidade; 2) Antecedentes; 3) Conduta social; 4) Personalidade do agente; 5) Motivos; 6) Circunstâncias; 7) Consequências do crime e 8) Comportamento da vítima.

Como é possível perceber em determinadas circunstâncias judiciais, como exemplo na culpabilidade, conduta social ou personalidade, dentre outras, é possível ao magistrado – influenciado muitas vezes por questões pessoais, sociais e até religiosas –, dosar a pena a mais ou a menos conforme o caso, isso em razão do grau de subjetivismo que elas contem.

É lógico que isso é pernicioso uma vez que tal conduta contamina a decisão em face da evidente parcialidade demonstrada pelo juiz. Entretanto, o que se pretende é descobrir se ao decidir de forma alternativa e fundamentada o juiz visando fazer Justiça e para equilibrar a distância existente entre os mais fortes ou ricos e os mais fracos ou pobres, partindo do pressuposto que o Direito Penal serve aos primeiros, estaria autorizado a flutuar por critérios subjetivos ao determinar qual a pena-base deve ser aplicada.

Para responder essa pergunta faz-se necessário analisar quais as características principais das circunstâncias judiciais, isso após ter sido

determinado a amplitude do direito alternativo e sua diferença do ativismo judicial. Então vejamos:

6.2.1. Culpabilidade

De imediato importa salientar que não se trata da culpabilidade como requisito do crime, mas sim, nesse caso, como medida de reprovabilidade da conduta.

“São muitas as teorias construídas para definir o conteúdo material da culpabilidade: do poder agir de outro modo (Welzel); da atitude jurídica reprovada ou defeituosa (Wessels, Jescheck); da responsabilidade para condução da vida (Mezger); responsabilidade pelo próprio caráter (Dohna); da atribulidade (Maurach); do dever de motivar-se pela norma (Mirpuig, Muñoz Conde); do defeito de motivação jurídica (Jakobs); da dirigibilidade normativa (Roxin)”.⁶⁷

A teoria dominante, entretanto, ainda é a de Welzel, ou seja, considera-se que o agente poderia escolher o “caminho correto”, mas não o fez por escolha própria (livre arbítrio). Ou seja, a culpabilidade a que nos referimos diz respeito ao grau de censurabilidade da conduta do agente. É um juízo de reprovação sobre aquele que praticou a conduta, devendo ser verificada a intensidade do dolo ou o grau de culpa no caso concreto, ou seja, o grau de consciência da ilicitude e a possibilidade de agir de outra forma.

Para Cláudio Mendes Júnior “a melhor maneira de se aquilatar esta circunstância é verificando a atuação do agente no caso concreto e procurando dimensionar a censurabilidade social do comportamento,

⁶⁷ SCHMITT, Ricardo Augusto. Sentença Penal Condenatória: Teoria e Prática. 8ª ed. Bahia: Editora JusPODIUM, 2014. Pág. 113.

considerando o grau de liberdade (livre-arbítrio) que detinha e, mesmo assim, optou pelo comportamento antijurídico”.⁶⁸

Vejamos o que diz a doutrina acerca da culpabilidade enquanto circunstância judicial:

“Impõe-se que se examine aqui a maior ou menor censurabilidade do comportamento do agente, a maior ou menor reprovabilidade do comportamento praticado.”⁶⁹

*"Culpabilidade: Refere-se ao 'grau de culpabilidade' e não à culpabilidade. Assim, todos os culpáveis serão punidos, mas aqueles que tiverem um grau maior de culpabilidade receberão, por justiça, uma sanção mais severa."*⁷⁰

"[...] Deve-se aferir o maior ou menor índice de *reprovabilidade* do agente pelo fato criminoso praticado, não só em razão de suas condições pessoais, como também em vista da situação de fato em que ocorreu a indigitada prática delituosa, sempre levando em conta a

⁶⁸ MENDES JÚNIOR, Cláudio. Sentença penal e dosimetria da pena: teoria e prática. Curitiba: Juruá, 2014. Pág. 169.

⁶⁹ (BITENCOURT, Cezar Roberto. Código Penal Comentado. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 298)

⁷⁰ (CAPEZ, Fernando; PRADO, Stela. Código Penal Comentado. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 141)

conduta que era exigível do agente, na situação em que o fato ocorreu.”⁷¹

Não é diferente na jurisprudência:

CONFIRMAÇÃO DA SENTENÇA QUE ELEVOU A PENA-BASE EM RAZÃO DA ANÁLISE NEGATIVA DA CULPABILIDADE EM FACE DO EXCESSO DA VIOLÊNCIA EMPREGADA.

"2. Os vários golpes desferidos na vítima com segmento de madeira demonstram reprovabilidade anormal ao tipo penal do roubo, por se tratar de violência gratuita e desnecessária para a subtração dos bens.

[...]

No tocante à culpabilidade, a MM. Juíza agiu com acerto ao considerar que os limites do tipo penal do roubo foram ultrapassados pelas lesões contusas sofridas pela vítima e detalhadas pelo Laudo de Exame de Corpo Delito, as quais resultaram em debilidade permanente em grau mínimo das funções mastigatórias e fonética, além de dano estético, passíveis de correção cirúrgica [...].”⁷²

MANUTENÇÃO DA AVALIAÇÃO NEGATIVA DA CULPABILIDADE DE AGENTE PÚBLICO QUE, PARA LIBERAÇÃO DE ESCRITURA DE

⁷¹ DELMANTO, Celso. **Código Penal Comentado**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 273.

⁷² TJDF, APR 20130910195894.

IMÓVEL, SOLICITOU DINHEIRO A PESSOA HUMILDE E IDOSA.

"A pena prevista para o delito de corrupção passiva é de 24 a 144 meses de reclusão.

No presente caso, o prolator da sentença considerou desfavoráveis ao réu as circunstâncias judiciais da culpabilidade e das circunstâncias do crime, fixando a pena-base em 38 meses de reclusão, 14 meses acima da mínima.

Sustentou que a culpabilidade excedeu em muito o normal para a presente espécie de crime, especialmente porque tinha conhecimento de que se tratava de pessoa humilde e idosa, o que revela maior reprovabilidade.

De fato, a análise desfavorável da culpabilidade, para fins de exasperação da pena-base, exige que a conduta perpetrada pelo agente ultrapasse o juízo de censurabilidade já imposto pela norma incriminadora, o que se encontra devidamente demonstrado no presente caso.”⁷³

EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE EM VIRTUDE DA VALORAÇÃO NEGATIVA DA CULPABILIDADE DE POLICIAL QUE, NO CRIME DE EXTORSÃO MEDIANTE SEQUESTRO, UTILIZOU-SE DE VEÍCULO OFICIAL.

“*In casu*, cuida-se de Policial Civil pertencente à Divisão Anti-Seqüestro que, de forma realmente censurável, praticou o delito que deveria reprimir, utilizando-se, inclusive, de

⁷³ TJDF, APR 20120110792802.

viatura policial para tanto. Assim, entende-se fundamentada a manutenção da pena-base acima do mínimo legal.”⁷⁴

REFORMA DA DOSIMETRIA DA PENA DEVIDO À IMPOSSIBILIDADE DE AVALIAÇÃO NEGATIVA DA CULPABILIDADE, VISTO QUE NÃO FOI PROVADA EXCESSIVA CENSURABILIDADE NA CONDUTA DO AGENTE.

"1. A alegação de que o paciente ‘agiu em completo desrespeito ao patrimônio alheio’, sem a indicação de outro elemento concreto que, efetivamente, evidenciasse uma acentuada reprovabilidade do agente pela conduta delituosa praticada, não justifica a conclusão pela desfavorabilidade da circunstância judicial da culpabilidade.”⁷⁵

CONFIRMAÇÃO DA AVALIAÇÃO DESFAVORÁVEL DA CULPABILIDADE NO DELITO DE EXTORSÃO POR CONTA DO SADISMO DO RÉU AO ESPANCAR A VÍTIMA.

"[...] a sentença condenatória apontou as seguintes razões para a condenação: 'a prova colhida nos dá noção da barbárie praticada contra a pessoa da vítima [...].

Levou chutes, pontapés, socos, pauladas, foi queimado e levou choques elétricos. Saiu da

⁷⁴ STJ, HC 19.906/MG.

⁷⁵ STJ, HC 208.743/MG.

cela com o rosto deformado, e muito machucado como contam todas as testemunhas'.

[...]

No caso, entendo que o aumento da pena-base foi adequadamente justificado, tendo em vista a valoração negativa da culpabilidade do sentenciado, revelada pelo sadismo no espancamento da vítima."⁷⁶

REJEIÇÃO DA ANÁLISE NEGATIVA DA CULPABILIDADE FUNDAMENTADA NA GRAVIDADE DO DELITO E NÃO NO GRAU DE REPROVABILIDADE DA CONDUTA DO AGENTE.

"[...] apresenta-se insustentável o rótulo '*grau médio*' imposto ao delito no capítulo da culpabilidade. Esta, pela Teoria Normativa Pura da Culpabilidade, relaciona-se a um juízo de mera reprovabilidade, de sorte que quanto mais censurável o comportamento mais acentuada a culpabilidade e maior pode ser a pena.

[...]

A frase solta (*o delito é de grau médio*), especialmente quando não se aponta a escala adotada, gera perplexidade e não atende à necessidade de motivação clara e transparente."⁷⁷

6.2.2. Antecedentes

⁷⁶ STF, HC 115.810/SP.

⁷⁷ STF, RHC 107.213/RS.

Essa circunstância judicial diz respeito aos antecedentes criminais do acusado, sendo que o melhor entendimento é o de que só possui antecedentes criminais o agente que possui condenação criminal transitada em julgado, aplicando-se, assim, como fundamento o princípio constitucional da presunção de inocência. Assim, não há que se falar em inquéritos policiais ou ações penais em cursos como maus antecedentes.

O Superior Tribunal de Justiça tem seguido esse entendimento, senão vejamos:

PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. REDUÇÃO DA PENA-BASE. EXCLUSÃO DOS ANTECEDENTES CRIMINAIS. INQUÉRITOS E PROCESSOS CRIMINAIS EM ANDAMENTO. CONTINUIDADE DELITIVA. REDUÇÃO DO PERCENTUAL EM RAZÃO DO NÚMERO DE INFRAÇÕES. ORDEM CONCEDIDA. 1. É uniforme o entendimento desta Corte no sentido de que a consideração de inquéritos e processos criminais em andamento como maus antecedentes para fins de exacerbação da pena-base viola o princípio constitucional da presunção de inocência. Somente devem ser entendidas como maus antecedentes criminais as condenações com trânsito em julgado, excluídas as que configuram reincidência. Precedentes da Quinta e da Sexta Turmas. 2. Também é pacífica a jurisprudência desta Corte ao dizer que o aumento de pena pela continuidade delitiva deve levar em conta somente o número de infrações, sendo que esta Quinta Turma tem considerado correta a exacerbação da pena em 1/5 (um quinto) no crime continuado no caso de 3 (três) delitos (REsp 678.357/SP, Rel. Min. GILSON

DIPP, DJ 9/2/2005, p. 221). 3. Ordem concedida para redimensionar a pena, nos termos do voto do relator.⁷⁸

Já o Supremo Tribunal Federal, em recente decisão assim se manifestou:

PENA – FIXAÇÃO – ANTECEDENTES CRIMINAIS – INQUÉRITOS E PROCESSOS EM CURSO – DESINFLUÊNCIA. Ante o princípio constitucional da não culpabilidade, inquéritos e processos criminais em curso são neutros na definição dos antecedentes criminais.⁷⁹

6.2.3. Conduta social

É o comportamento do agente no meio social, familiar e profissional. O que se afige é o relacionamento do agente no meio em que vive, ou seja, sua relação de afetividade com a família e sua importância entre seus membros, seu envolvimento com a comunidade e se é ajustado ao convívio social e a relação com o trabalho.

“A exemplo do que ocorre com a circunstância judicial da ‘personalidade’, no mais das vezes, a conduta social não pode ser apreciada à profundidade, visto que os elementos colhidos na instrução penal ou mesmo na fase inquisitorial de persecução penal, não fornecem ao juiz dados concretos que permitam sua valoração. Isso se dá em parte devido à forma como a instrução no Brasil costuma ser dirigida, sempre priorizando buscar elementos indicativos de materialidade e autoria do fato delituoso,

⁷⁸ STJ: 5ª T. – HC 49546/SP – Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima – j. em 15.08.2006 – DJ 04.09.2006, p. 297).

⁷⁹ STF: RE 591.054/SC.

preterindo a um segundo plano os dados legados à pessoa do criminoso e à forma de convivência no seu meio”.⁸⁰

Na jurisprudência encontramos o seguinte:

Ementa: PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. LESÃO CORPORAL. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. DOSIMETRIA. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. CONDUTA SOCIAL, MOTIVOS E CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. MOTIVAÇÃO GENÉRICA E ABSTRATA. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. DESARMONIA NO ÂMBITO FAMILIAR. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. 1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, firmou-se no sentido de que o habeas corpus não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, sob pena de desvirtuar a finalidade dessa garantia constitucional, exceto quando a ilegalidade apontada for flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício. 2. No caso em exame, o magistrado singular valorou negativamente a conduta social, os motivos e as circunstâncias do crime, utilizando-se de argumentos abstratos e genéricos, como por exemplo, quando se reporta aos "motivos e circunstâncias não justificáveis", e à "conduta social não recomendável", em

⁸⁰ MENDES JÚNIOR, Cláudio. Sentença penal e dosimetria da pena: teoria e pratica. Curitiba: Juruá, 2014. Pág. 164.

desarmonia, portanto, com o disposto no artigo 59 do Código Penal. 3. Devidamente fundamentada a elevação da pena-base acima do mínimo legal, considerando-se, sobretudo, a especial gravidade e reprovabilidade da conduta, em razão das graves consequências desse tipo penal no âmbito familiar. 4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir a pena a 1 ano de detenção, mantidos os demais termos da condenação.⁸¹

6.2.4. Personalidade

Refere-se ao caráter do agente como pessoa, ou seja, tem o condão de demonstrar sua índole e seu temperamento. Como é lógico, trata-se de uma circunstância afeta a outros ramos do conhecimento humano, como a psicologia, psiquiatria e a biologia, uma vez que o magistrado deve mergulhar no interior do agente para entender sua maneira de ser, pensar, agir e de se mostrar ao mundo.

É fácil perceber, portanto, que a análise dessa circunstância é uma tarefa tecnicamente inviável, na medida em que é de alta complexidade não sendo possível ao magistrado, pelo menos não sozinho, auferir de forma objetiva as nuances existentes em uma personalidade (comportamento, pensamento, emoções, etc.) já que não possui, na grande maioria das vezes, conhecimento técnico para tanto.

Da jurisprudência colhe-se o seguinte:

⁸¹ STJ: HC 258539/PE

PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 155, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO. DEFICIÊNCIA. CONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE DO AGENTE COMO CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. IMPOSSIBILIDADE. CONFISSÃO ESPONTÂNEA E MENORIDADE. PENA AQUÉM DO MÍNIMO. ATENUANTES. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 231-STJ. FURTO PRIVILEGIADO. CONFIGURAÇÃO. I - Em respeito ao princípio da presunção de inocência, inquéritos e processos em andamento não podem ser considerados como maus antecedentes para exacerbação da pena-base (Precedentes do Pretório Excelso e do STJ). II - Não havendo elementos suficientes para a aferição da personalidade do agente, mostra-se incorreta sua valoração negativa a fim de supedanear o aumento da pena-base (Precedentes). III - A pena privativa de liberdade não pode ser fixada abaixo do mínimo legal com supedâneo em meras atenuantes (Precedentes e Súmula n.º 231 - STJ). IV - In casu, deve ser reconhecida a figura privilegiada do art. 155, § 2º, do Código Penal, pois o bem subtraído, enquadra-se no conceito de coisa de pequeno valor previsto no dispositivo legal. Ordem parcialmente concedida. ⁸²

Mais,

⁸² STJ – HC 122916 / SP

PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 157, § 2º, INCISOS I E II, DO CÓDIGO PENAL. DOSIMETRIA DA PENA. CONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE DO AGENTE COMO CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DE DUAS MAJORANTES. FUNDAMENTAÇÃO INSUFICIENTE. I - A pena deve ser fixada com fundamentação concreta e vinculada, tal como exige o próprio princípio do livre convencimento fundamentado (arts. 157 , 381 e 387 do CPP c/c o art. 93 , inciso IX, segunda parte da Lex Maxima). Dessa maneira, considerações genéricas, abstrações ou dados integrantes da própria conduta tipificada não podem supedanear a elevação da reprimenda (Precedentes). II - Não havendo elementos suficientes para a aferição da personalidade do agente, mostra-se incorreta sua valoração negativa a fim de supedanear o aumento da pena-base (Precedentes). III - Tendo em vista o disposto no parágrafo único do art. 68 e do parágrafo 2º do art. 157 , ambos do CP , o aumento de pena, acima do patamar mínimo, pela ocorrência de duas majorantes específicas, deve ser motivado não apenas pela simples constatação da existência das mesmas, como o foi na espécie, mas sim com base nos dados concretos em que se evidenciou o fato criminoso (Precedentes desta Corte e do Pretório Excelso). Ordem concedida.⁸³

⁸³ STJ – HC 91813 / RJ

Vale destacar o ensinamento de Paganella Boschi que afirma que “mesmo que, por hipótese, fosse possível um diagnóstico firme e concludente sobre a personalidade do acusado e que os peritos, por exemplo, apontassem determinado transtorno (suponhamos, o de personalidade anti-social, que afeta 75% da população carcerária norte-americana, segundo pesquisas realizadas por Kaplan e Sadock), ainda remanesceria outra pergunta: Seria legítima a valoração negativa da personalidade do acusado vítima de transtorno, para o efeito de exacerbação da sanção-básica, sem que isso deixasse de representar punição pelo modo de ser do indivíduo? Seria legítima a intervenção punitiva do Estado para esse fim de alterar o perfil da personalidade do criminoso?” (...) “A constatação pelo Estado-Juiz de que o acusado é portador de transtorno de personalidade (...) deveria determinar, por outro lado, não a exasperação da pena-base pelo fato cometido, e sim, o exercício de direito subjetivo de reclamar o indispensável apóio técnico, para libertar-se do problema e alcançar a elevação social e humana”.⁸⁴

6.2.5. Motivação

Os motivos do crime são as razões que levaram o agente a cometer a conduta delituosa. Portanto, o motivo nada mais é do que o ponto de ignição que levou ao crime. Não se trata da análise da intensidade do dolo (vista na culpabilidade), mas sim de se verificar se o motivo em si merece mais ou menos reprovação.

É certo que quando o motivo integra a própria espécie normativa (normal ao tipo) não se pode exasperar a reprimenda, sob pena de incorrer em *bis in idem* (dupla valoração). Assim, o que se busca é um motivo que se revela um *plus* em relação a conduta descrita no tipo penal.

Acerca do tema, vejamos o que diz a jurisprudência:

⁸⁴ BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 4. Ed., ver. E atual. Poto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. P. 213-215.

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. 1. CULPABILIDADE. ANÁLISE DO CONCEITO ANALÍTICO DE CRIME. IMPROPRIEDADE. 2. MOTIVOS DO CRIME. LUCRO FÁCIL. DADO INERENTE AO TIPO PENAL. INADEQUAÇÃO. 3. CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS. RISCO E CONSEQUÊNCIAS DANOSAS À SAÚDE PÚBLICA. TIPO PENAL QUE TEM COMO BEM JURÍDICO TUTELADO A SAÚDE PÚBLICA. VALORAÇÃO JÁ REALIZADA PELO LEGISLADOR. INVIABILIDADE DE MAIOR APENAMENTO. 4. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA QUANTO A QUATRO CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. 5. ORDEM CONCEDIDA EM PARTE. 1. Mostra-se imprópria a análise do conceito analítico de crime por ocasião da dosimetria da pena, pois a culpabilidade trazida no art. 59 do Código Penal não se confunde com aquela examinada para se aferir a existência ou não do crime. Assim, a circunstância judicial relativa à culpabilidade deve ser valorada levando-se em consideração a maior ou menor reprovabilidade da conduta concretamente praticada, o que não se verificou. 2. A motivação relativa à busca do lucro fácil não pode ser valorada de forma negativa, porquanto inerente ao próprio tipo penal de tráfico. Portanto, não acrescenta à prática da traficância qualquer dado inovador apto a justificar maior

apenamento. 3. O risco e as consequências danosas à saúde pública não podem ser considerados como circunstâncias e as consequências negativas do crime, por ser a saúde pública o próprio bem jurídico tutelado pelo tipo penal do tráfico, já tendo o referido elemento, portanto, sido sopesado pelo legislador. 4. Não tendo as instâncias ordinárias motivado adequadamente a majoração da pena-base, mostra-se patente o constrangimento ilegal suportado pelos pacientes, cabendo, dessa forma, excepcionalmente, o redimensionamento da pena em sede de habeas corpus. 5. Habeas corpus concedido, em parte, a fim de reduzir a pena do crime descrito no art. 33, caput, da Lei 11.343/2006 para 6 (seis) anos, 4 (quatro) meses e 24 (vinte e quatro) dias de reclusão, e o pagamento de 640 (seiscentos e quarenta) dias-multa, mantendo-se, no mais, o acórdão impugnado.⁸⁵

6.2.6. Circunstâncias do crime

São os elementos acessórios ou acidentais do fato não definidos na lei penal, ou seja, não compõem o crime em si, mas influenciam a forma de sua ocorrência, como o local, o tempo, as condições e o modo de agir, o objeto, o relacionamento existente entre os envolvidos, etc.

Ensina Cláudio Mendes Júnior que o juiz ao analisar essa circunstância judicial deve “fazê-lo sempre motivadamente e consignando na justificação os elementos concretos – nunca genéricos – que o levaram à consideração da valoração como desfavoráveis ou favoráveis. Não pode o

⁸⁵ STJ – HC 224.181 / MG

magistrado sentenciante majorar a pena base fundando-se, tão somente, em referências vagas, genéricas, desprovidas de fundamentação objetiva”.⁸⁶

Vejamos o que diz a doutrina:

"[...] as *circunstâncias do crime* são os fatores de tempo, lugar, modo de execução, excluindo-se aqueles previstos como circunstâncias legais."⁸⁷

"Trata-se do *modus operandi* empregado na prática do delito. São elementos que não compõem o crime, mas que influenciam em sua gravidade, tais como o estado de ânimo do agente, o local da ação delituosa, o tempo de sua duração, as condições e o modo de agir, o objeto utilizado, a atitude assumida pelo autor no decorrer da realização do fato, o relacionamento existente entre autor e vítima, dentre outros.

Não podemos nos esquecer, também aqui, de evitar o *bis in idem* pela valoração das circunstâncias que integram o tipo ou qualificam o crime, ou, ainda, que caracterizam agravantes ou causas de aumento de pena.”⁸⁸

⁸⁶ MENDES JÚNIOR, Cláudio. Sentença penal e dosimetria da pena: teoria e prática. Curitiba: Juruá, 2014. Pág. 202-203.

⁸⁷ PRADO, Luiz Regis et al. Curso de Direito Penal Brasileiro. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. pág. 428.

⁸⁸ SCHMITT, Ricardo Augusto. **Sentença Penal Condenatória – Teoria e Prática**. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2013. Pág. 136.

"São as circunstâncias que cercaram a prática da infração penal e que podem ser relevantes no caso concreto (lugar, maneira de agir, ocasião etc.). Note-se, também quanto a estas, que não devem pesar aqui certas circunstâncias especialmente previstas no próprio tipo ou como circunstâncias legais ou causas especiais (exs.: repouso noturno, lugar ermo etc.), para evitar dupla valoração (*bis in idem*)."⁸⁹

A jurisprudência tem se manifestado da seguinte maneira:

POSSIBILIDADE DA ANÁLISE NEGATIVA
DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME DE
HOMICÍDIO QUANDO UTILIZADOS
ELEMENTOS QUE NÃO COMPÕEM O TIPO
PENAL.

“4. As circunstâncias do crime, previstas no artigo 59 do CP como baliza para a fixação da pena-base, dizem respeito a elementos acidentais que não participam da estrutura própria de cada tipo, mas que, embora estranhas à configuração típica, mostram-se relevantes para se apurar a reprovabilidade da conduta.”⁹⁰

Mais,

⁸⁹ DELMANTO, Celso. **Código Penal Comentado**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 274.

⁹⁰ STJ: HC 196.575/SP

AVALIAÇÃO DESFAVORÁVEL DAS
CIRCUNSTÂNCIAS DE CRIME CONTRA A
ORDEM TRIBUTÁRIA DEVIDO À
UTILIZAÇÃO DE CONTA-CORRENTE DE
TERCEIRA PESSOA, EMPREGADO.

“No tocante às circunstâncias do delito, igualmente há concreta motivação que justifica o aumento da sanção. O aresto impugnado destacou que ‘os réus se utilizaram de contabilidade paralela e de contas correntes titularizadas pelo motorista da empresa para movimentarem elevados valores pertencentes a esta, o que permitiu, não só a obtenção ilícita de lucros em detrimento da arrecadação de tributos, como também dificultou a fiscalização pela autoridade fazendária’.

Nota-se, portanto, que se destacou o *modus operandi* do delito, cometido utilizando-se as contas correntes do motorista da empresa. Tal peculiaridade é concreta e autoriza o aumento da sanção. De fato, a ‘contabilidade paralela’ não pode levar ao acréscimo da pena, por estar relacionada ao próprio tipo penal. Não obstante, penso que a forma como executado o delito, por meio da utilização de contas do motorista da empresa, é motivo concreto, aplicável apenas ao caso em questão, e que justifica o acréscimo da pena-base quanto às circunstâncias.”⁹¹

6.2.7. Consequências

⁹¹ STJ: EDcl no HC 274.734/RJ

Nesse caso o que se busca é medir o resultado da ação ou omissão do agente, ou seja, são os efeitos da sua conduta. Verifica-se qual o dano causado pelo modo de agir do acusado, ou seja, qual a consequência para a sociedade, para a família do agente ou para ele próprio.

Vejamos a jurisprudência:

HABEAS CORPUS . CRIME DE HOMICÍDIO (ART. 121, CAPUT , DO CÓDIGO PENAL). PACIENTE MANDANTE DO DELITO. ALEGAÇÃO DE QUE A CONDENAÇÃO FOI LASTREADA EXCLUSIVAMENTE EM ELEMENTOS COLHIDOS NO INQUÉRITO. NAO OCORRÊNCIA. INTERROGATÓRIO E OITIVA DE TESTEMUNHAS REALIZADAS SOBRE O CRIVO DO CONTRADITÓRIO. PRETENSÃO ABSOLUTÓRIA INCOMPATÍVEL COM A COGNIÇÃO SUMÁRIA DA VIA ESTREITA ELEITA. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIA DA PERSONALIDADE ILEGALMENTE CONSIDERADA. BIS IN IDEM. CONSTRANGIMENTO ILEGAL TAMBÉM EM RAZÃO DA FUNDAMENTAÇÃO GENÉRICA QUANTO À CONSEQUÊNCIA E AS CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. CONSIDERAÇÃO CORRETA APENAS QUANTO AOS MAUS ANTECEDENTES. NECESSIDADE DE REDUÇÃO DA PENA NA PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA, QUE, ENTRETANTO, AINDA ASSIM DEVE FICAR UM POUCO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL.

ORDEM DE HABEAS CORPUS
PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. O compulsar dos atos decisórios das instâncias ordinárias revela que a condenação não se fundamentou exclusivamente em depoimentos prestados em sede inquisitorial. Ao contrário, tal conclusão baseia-se em todo o acervo probatório, inclusive depoimentos de testemunhas colhidos em juízo, sob o crivo do contraditório, sendo, portanto, plenamente válido.

2. Ademais, cumpre ressaltar que a pretensão absolutória com revisão das conclusões do Tribunal *a quo* , implicaria aprofundamento no exame do conjunto fático-probatório, o que é vedado na via estreita do *habeas corpus*.

3. A pena-base fixada acima do mínimo legal em face dos maus antecedentes, da personalidade e das consequências do delito cometido. Correção que se impõe quanto à personalidade e consequências do crime.

4. A personalidade do Paciente foi negativamente valorada, como voltada para a prática delitos, o que configura ilegal *bis in idem*. Isso porque já havia sido consignado anteriormente que as duas condenações existentes seriam devidamente consideradas, uma como antecedentes criminais e a outra a título de reincidência. Precedentes.

5. Quanto à valoração negativa das consequências do delito, o Magistrado de primeira instância alicerçou-se no fato de que o Paciente ceifou a vida de um dos membros componentes do núcleo familiar e que o fato

abala a tranquilidade da sociedade. Esses fundamentos não justificam o aumento ocorrido, pois o primeiro diz respeito ao próprio tipo penal e o segundo é genérico.

6. Por outro lado, é motivo válido para ensejar a majoração da pena-base a configuração de maus antecedentes. Impõe-se, dessa feita, a redução da pena na primeira fase da dosimetria, que, entretanto, ainda assim deve ficar um pouco acima do mínimo legal.

7. Ordem de *habeas corpus* parcialmente concedida, com o fim de reduzir a pena para 8 (oito) anos, 01 (hum) mês e 15 (quinze) dias de reclusão, em regime inicial fechado, mantidas as demais disposições da sentença penal condenatória.⁹²

6.2.8. Comportamento da vítima

Nesse ponto deve o magistrado analisar o comportamento da vítima antes ou durante o fato criminoso, bem como o grau de sua colaboração com o evento (vitimologia), ou seja, busca-se saber até que ponto a vítima contribuiu ou facilitou para o agir criminoso, não podendo, nesse caso, ser usada para fins de recrudesimento da pena-base.

Pode-se dizer que em apenas dois casos essa circunstância será favorável ao réu: a primeira quando a vítima de alguma forma influenciou para o cometimento do delito, seja facilitando, estimulando ou contribuindo para o seu desenrolar; a segunda quando o comportamento da vítima foi neutro, pois nesse caso não se deve prejudicar o acusado majorando a pena, sendo esse o entendimento consagrado pela jurisprudência, senão vejamos:

⁹² STJ – HC 165089 / DF

PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO. 1. DOSIMETRIA DA PENA. DUPLA VALORAÇÃO DE UMA DAS QUALIFICADORAS. UTILIZAÇÃO PARA QUALIFICAR O DELITO E PARA FIXAR A PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL NA PRIMEIRA ETAPA DE DOSIMETRIA DA PENA, COMO CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. 2. CONDUTA SOCIAL. DESFAVORÁVEL. COMETIMENTO DO PRÓPRIO DELITO. IMPOSSIBILIDADE. AVALIAÇÃO ÉTICA DA CONDUTA DO PACIENTE. IMPOSSIBILIDADE. 3. COMPORTAMENTO DA VÍTIMA NEUTRO. VALORAÇÃO EM PREJUÍZO DO ACUSADO. IMPOSSIBILIDADE. 4. ORDEM CONCEDIDA. 1. Inviável se torna a dupla valoração de qualificadoras, tanto para qualificar o delito, quanto para a fixação da pena-base acima do mínimo legal, na primeira etapa de dosimetria da pena, sob pena de incorrer-se em bis in idem. 2. A conduta social do agente não pode ser considerada desfavorável apenas por conta do cometimento do próprio delito, assim como considerações de cunho ético e moral devem ser excluídas da avaliação. 3. O comportamento da vítima tachado como neutro não pode ser valorado como prejudicial ao acusado. 4. Ordem concedida para anular o acórdão que manteve a sentença, de modo a excluir as circunstâncias judiciais concernentes à culpabilidade, à conduta social e ao comportamento da vítima, por entendê-las fundamentadas com base em

argumentos inidôneos, vedando qualquer consideração desfavorável com relação a estas circunstâncias, bem como para determinar ao tribunal a quo que proceda a nova individualização da pena, fundamentando adequadamente as demais circunstâncias (motivo, circunstâncias e conseqüências), redimensionando-se a pena apenas de acordo com estas”.⁹³

7. DA APLICAÇÃO ALTERNATIVA DO DIREITO NA DOSIMETRIA DA PENA

7.1. Análise crítica

O que se pretende é entender se há espaço para a utilização do direito alternativo no momento da dosimetria da pena visando aplicar punições mais justas seja para majorá-las ou não.

Para isso trago à baila alguns casos, não necessariamente criminais, onde a alternatividade foi utilizada, uma vez que fundamentada no sentimento de Justiça e no direito vivo.

Vejamos o primeiro caso:

Um doente terminal buscou atendimento médico-hospitalar dias após ter dado entrada na urgência do Hospital Regional de Altamira, Estado do Pará, Brasil. Nesse caso a possível internação dependeria da apresentação de algum documento de identificação vez que, segundo o hospital, não se tratava de caso urgente já que o paciente havia recebido tratamento e sido liberado pelos

⁹³ STJ – HC 67710/PE

médicos a pouquíssimo tempo. Acontece que ele não possuía qualquer documento pessoal, seja certidão de nascimento ou casamento, carteira de identidade ou de motorista, nem mesmo o batistério, sequer a carteira do SUS (Sistema Único de Saúde). Até onde lembrava havia nascido em Santarém, Estado do Pará, Brasil, sendo que seus pais biológicos vieram a falecer ou a abandoná-lo, tendo sido criado por uma mulher até os seus nove anos, quando esta também veio a óbito. Daí em diante passou a vagar pelo interior do Estado, vindo a se fixar nos últimos quinze anos na região de Altamira, mais propriamente no interior da cidade de Brasil Novo.

Esta personagem surreal, extremamente comum no interior da Amazônia, sem família, amigos de infância ou qualquer outra referência, salvo alguns conhecidos e uma companheira que não sabiam absolutamente nada de sua origem ou passado, não receberia qualquer tratamento médico, salvo em caso de urgência, simplesmente por não “existir legalmente”. Pior, ao procurar a Defensoria Pública foi orientado a providenciar algum documento que serviria para instruir a petição inicial da ação a ser promovida. Ocorre que esse era justamente o problema, não havia qualquer documento ou testemunha que pudessem confirmar ou provar sua origem. Assim sendo, o que fazer? Essa pessoa precisava de atendimento médico, e não o receberia até possuir algum documento de identificação, ou em caso de urgência. Não

conseguiria resultado prático provocando o Judiciário, pois não possuía qualquer prova, nem indiciária, de suas origens, sequer poderia ser qualificado corretamente, sendo a pretensa inicial, a rigor, inepta. E mesmo que se nesses termos algum Juiz aceitasse a inicial a demora do procedimento, inclusive com vistas ao Ministério Público, tornaria o resultado prático ineficiente.

O Juiz do caso em apreço, com fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana, mas pautado em algo maior que é o sentimento de justiça surgido no “direito vivo”, palpável, pungente, desconsiderou o formalismo legal, afastando o procedimento ordinário que seria necessário nesse caso. Assim, escutou o anseio do jurisdicionado, qual seja, “autorização para emissão de um documento pessoal que permitisse sua internação e tratamento médico”, reduzindo-o a termo, passando a considerá-lo como pedido inicial. No mesmo ato designou audiência, realizada imediatamente, onde ouviu o requerente, sua companheira e duas testemunhas, que nada acrescentaram a não ser que o conheciam à aproximadamente quinze anos e que nesse tempo ele não havia cometido crime algum. Em seguida, ao deliberar, o Juiz determinou, liminarmente, que o hospital recebesse o requerente, internando-o, se necessário, mas em qualquer caso tratando de sua doença. Assim, o requerente conseguiu internação e tratamento, vindo a óbito, infelizmente, dois dias depois. É interessante

notar que seu caso não tinha solução, iria morrer de qualquer forma e logo, entretanto, pelo menos, morreu com um mínimo de dignidade sendo tratado em uma cama de um hospital.

Logo após sua internação o pedido de inscrição do registro civil foi julgado improcedente – e seria de qualquer forma – ficando cristalino que a ação proposta visava unicamente identificar o nome do requerente, qualificando-o minimamente, o que deu sustentação à liminar desejada e possibilitou sua internação.

Casos como esses são comuns no dia a dia do Juiz de Direito, principalmente aquele inserido nos rincões da Amazônia. Isso quer dizer que na prática uma parcela da população não tem a possibilidade de acesso a um provimento jurisdicional justo. Para todos os efeitos essas pessoas sequer existem.

Nessas situações ou o Juiz desconsidera o problema ou tenta resolvê-lo, não há outra opção. O direito vivo trata justamente disso, ou seja, de algo que acontece longe das academias e dos Tribunais, que não é tratado em livros, mas que surge no dia a dia do Juiz.

Tais situações estão longe de serem resolvidas pelo garantismo, constitucionalismo ou pelo direito alternativo⁹⁴ (só pra citar algumas teorias), já que possuem um viés prático que sobressai a previsão legal ou constitucional, mesmo dos princípios fundamentais (salvo as questões de fundo), sendo solucionadas, a meu sentir, única e exclusivamente no sentimento de justiça que emana do senso comum.

⁹⁴ Para alguns não se pode afirmar que os alternativistas defendem uma atuação judicial desgarrada da lei, apenas acreditam que não se deve confundir direito com lei, assim sendo é possível combater um artigo ou uma lei visando dar efetividade a um preceito constitucional, algo também defendido pelos garantistas e constitucionalistas.

Ou seja, diante do caso concreto, não havendo previsão legal ou se esta for injusta ou ineficiente, ou nos casos de ausência do Estado, é possível que o juiz atue visando solucionar o problema proposto – e somente ele já que é o único a exercer a função jurisdicional – dando ao jurisdicionado a justiça que tanto anseia.

Ao que parece a justiça encontrada nesses casos é aquela pensada filosoficamente, pois alcança o íntimo das pessoas envolvidas dando a sensação de que nada mais precisa ser feito.

Outro caso interessante que ilustra perfeitamente o que se pretende dizer também ocorreu na região oeste do Estado do Pará, Brasil. Vejamos o exemplo:

Aconteceu que um senhor chegou ao fórum querendo falar com o Juiz. Ele dizia que seu pai havia falecido há vinte anos afogado nas águas do rio Xingu, após ter caído da canoa (pequena embarcação de madeira) em que estava. Na época enterraram seu corpo no terreno onde a família morava, às margens do rio. Tempos depois os familiares do falecido mudaram para mais próximo da cidade, deixando o corpo enterrado no local. O filho, inconformado, esperou vinte anos para retornar ao exato ponto do enterro e, sem pestanejar, desenterrou os restos mortais de seu pai, colocou-os num saco plástico e os trouxe para cidade, onde pretendia sepultá-los, segundo ele, em solo sagrado. É claro que o responsável pelo cemitério não concordou com o enterro, não sem uma certidão de óbito. O cartório de registro civil, por sua vez, não emitiria a certidão sem autorização do

Juiz, dai sua ida ao fórum. O que temos nesse caso? Um crime? O que fazer com a ossada? Qual procedimento usar? Quais perícias determinar? DNA? Exumação?

O fato é que ao seguir o procedimento legal o Juiz deveria officiar ao Delegado de Polícia, encaminhar o jurisdicionado à Defensoria Pública e aguardar a provocação da parte.

Ocorre que vivemos no mundo real onde não há promotores ou defensores suficientes, nem mesmo advogados (considerando o interior do Estado), a perícia é parca, cara e muitas vezes ineficiente, nossos delegados estão assoberbados de serviço, o processo é demorado e dispendioso e, pior, o juiz, pressionado de todos os lados, cada vez mais esta se tornando um mero fazedor de sentenças preocupado com estatísticas, afastando-se do jurisdicionado e da sociedade de que faz parte, deixando de exercer o poder como deveria sob o falso pretexto de tornar o Poder Judiciário mais rápido e eficiente⁹⁵.

Num caso como esse, sob o viés do direito vivo, o que se deve fazer é analisar o contexto em que as personagens envolvidas estão inseridas. Pense em andar centenas de quilômetros em vicinais

⁹⁵ É nesse contexto que uma sentença prolatada em uma ação de improbidade administrativa ou no Tribunal do Júri tem o mesmo valor para efeito de promoção por merecimento, por exemplo, que uma homologatória de acordo. Ou seja, porque o juiz deveria se debruçar por dias em um calhamaço de documentos, volumes e mais volumes de papel empilhados, como no caso de uma ação de improbidade, se ele pode prolatar dezenas de sentenças sem qualquer complexidade em apenas um dia, como no caso das homologatórias?

sem qualquer estrutura, isso para sair na malfadada transamazônica, há vinte anos, levando consigo um corpo e só para registrar um óbito. Ora, ainda hoje muitas pessoas não o fazem, nem mesmo para registrar um nascimento, seja por ignorância seja pela dificuldade de acesso às instituições públicas, imagine naquela época.

Mais uma vez o juiz, agora com arrimo no direito à crença religiosa, ouviu o requerente reduzindo seu pleito a termo⁹⁶ (autorização para emissão de certidão de óbito e para sepultamento), designou audiência, e na oportunidade ouviu o requerente, a pessoa que estava na canoa quando ocorreu o acidente, aquele que preparou o corpo lavando-o e vestindo-o e mais alguém que presenciou o enterro. Com isso, e certidões de antecedentes criminais e confirmação de ausência de inventário e outras ações, foi possível levantar dados suficientes para com segurança autorizar a emissão da certidão de óbito e consequente sepultamento.

Outro exemplo:

Numa outra localidade, tão distante quanto a dos exemplos anteriores⁹⁷, o juiz se deparou com um

⁹⁶ O defensor encontrava-se em outra comarca fazendo vários Tribunais do Júri, não havia advogado e o promotor aparecia apenas uma vez por semana já que cumulava várias promotorias.

possível homicídio praticado por uma surda-muda. Segundo o procedimento legal o depoimento da acusada deveria ser tomado na presença de um especialista na linguagem dos sinais. Acontece que a comarca não dispunha desse profissional (nem mesmo a região tinha alguém habilitado) e mesmo que dispusesse a acusada era analfabeta e não conhecia essa linguagem. Vale observar que os fatos apurados remetiam a um evento de grande violência que causou grande comoção na sociedade local, sendo, portanto, dentre outros motivos, caso de prisão preventiva. Finalmente, não menos importante, a acusada aparentemente levava uma vida normal, apesar de ser surda-muda, ou seja, conseguia se comunicar com seus familiares, principalmente com a mãe, tendo sido presa próxima a um posto de gasolina onde havia trocado um pote cheio de moedas, que havia subtraído da vítima, por notas de dois, dez e vinte reais (não sendo esse o fato que motivou a conduta). Por obvio a acusada deveria ser imediatamente transferida para a capital, o único lugar que poderia recebê-la já que do sexo feminino, sendo que o local de sua prisão fica a uma distancia gigantesca, nesse caso, quatro dias de viagem de navio⁹⁸ saindo de Santarém, Estado do Pará.

97 Uma hora de avião mais quatro horas de lancha partindo da capital, ou quatro dias de navio, sendo esta uma comarca de fácil acesso para os nossos padrões, considerando às dezesseis horas barco (às vezes vinte) para algumas comarcas (sem contar avião e carro).

98 Um barco de ferro e/ou madeira, onde as pessoas, em regra, dormem em redes.

O juiz deveria, portanto, enviar a acusada para a capital, acompanhada evidentemente de policiais, no caso o Delegado de Policia da cidade (já que não havia outro), para, quando fosse o caso, trazê-la de volta, quantas vezes fosse necessário (audiências, júri, etc.), e desde que se resolvesse o problema do interprete. Sendo assim, na prática, teríamos uma ação que se arrastaria por anos a fio com a possibilidade de que a acusada permanecesse presa aguardando julgamento (dependendo do juiz que assumisse a comarca).

Em verdade o que ocorreu foi que o promotor, também comprometido com as idéias aqui propostas, ofereceu denuncia em face da acusada com extrema rapidez e eficiência. O defensor, por sua vez, imediatamente apresentou a defesa escrita e em seguida se designou audiência. Nessa ocasião presentes se encontravam o Ministério Público, a Defensoria, um advogado, a ré acompanhada de sua genitora (que desenvolveu uma linguagem própria para se comunicar com sua filha), além do juiz.

Ouvida as testemunhas de defesa e de acusação passou-se à oitiva da acusada, que, por meio de sinais e rabiscos, incrivelmente, contou sua versão dos fatos, alegando, inclusive, legitima defesa. Terminada a instrução, a defesa apresentou incidente de sanidade mental, o que foi deferido pelo juiz que de imediato suspendeu o curso da ação determinando a transferência da

presa para capital, local onde a perícia seria realizada.

Com isso ganhou-se tempo, pois ao constatar-se que a ré possuía plena capacidade de entendimento, já na capital do Estado, foi possível pronunciá-la, sem que houvesse necessidade de seu retorno à comarca, salvo por ocasião do Júri, e, mesmo que se concluísse que ela não era capaz de entender o caráter ilícito de sua conduta ao tempo da ação, nada estaria perdido já que a sentença absolutória imprópria poderia ser prolatada imediatamente.

Dessa vez buscou-se dar à sociedade e principalmente à ré um julgamento rápido, com todos os direitos e garantias preservados, na medida em que se respeitou a ampla defesa e o contraditório, dentre outros, afastando-se, entretanto, o excesso de formalismo, a burocracia e ineficiência do Estado, tudo realizado em três dias, após a conclusão do inquérito e do recebimento da denuncia.

Esses exemplos nos mostram uma utilização alternativa do direito em casos concretos visando resolver problemas do cotidiano, aparentemente sem solução legal ou com solução inviável ou impraticável.

Vale observar que nesses casos não se pretendeu uma revolução no sentido marxista. Apenas utilizou-se de uma alternativa mais justa para dar efetividade a um direito pré-existente.

Entretanto devemos nos perguntar se a utilização alternativa do direito seria possível em qualquer situação nos moldes apresentados acima, ou seja, desburocratizando o procedimento em casos especiais em que o resultado prático seria inócuo e no caso do presente estudo se isso seria possível durante a primeira fase da dosimetria da pena.

Penso que na dosimetria da pena, em tese, isso seria perfeitamente usual uma vez que há um grau de subjetivismo na análise de algumas circunstâncias judiciais, como exemplo a culpabilidade onde se verifica a intensidade do dolo. Ora, o magistrado poderia graduar a pena para mais ou para menos indistintamente, dependendo da periculosidade que o agente representa para a sociedade, fundamentando num ou noutro caso. Ou seja, dependeria do entendimento de justiça dessa pessoa (magistrado) aplicar uma pena maior ou não. Da mesma forma ao analisar a conduta social e a personalidade do agente o magistrado poderia desconsiderar determinadas regras para majorar a pena-base visando manter o agente mais tempo preso em prol da segurança da sociedade livre.

Ocorre que, nesse caso, a fixação da pena base – temos que admitir –, acabaria dependendo do posicionamento social, jurídico ou filosófico do magistrado e teríamos em casos idênticos penas distintas, isso porque o juiz do caso aumentaria ou diminuiria a pena base conforme seu sentimento de justiça e não com base nos fatos e provas trazidos aos autos.

Então, na prática, temos situações distintas onde num determinado caso seria possível a utilização alternativa do direito (ou do procedimento?) e num outro isso não seria admitido uma vez que o resultado apresentaria respostas muito distintas, provocando, por certo, injustiça.

Então o que diferencia os casos supramencionados da possibilidade de se admitir a aplicação dessa mesma idéia durante a dosimetria da pena?

É que, no meu sentir, nos exemplos acima o juiz adequou o procedimento para garantir o direito material, ou seja, não houve alteração do objeto (ou do direito propriamente dito), mas sim do caminho para se chegar a esse mesmo objetivo. Entretanto, teríamos ao se permitir que juízes flutuem conforme suas convicções no momento da dosimetria da pena (ou em outras hipóteses) para mais ou para menos, conforme o caso, a alteração

do direito material, ou seja, a pena ficaria a cargo das convicções pessoais do magistrado que estaria autorizado a julgar além dos fatos.

7.2. Efeitos e consequências

Diante do exposto, em que pese existir a possibilidade de se criar alternativas no momento da dosimetria da pena (real), entendo que a utilização alternativa do direito, no sentido original, seria, nesse momento, nefasta, uma vez que permitiria o surgimento de verdadeiros justiceiros que utilizariam desse artifício para endurecer as penas, muitas vezes descabidas em seu mínimo, unicamente com o objetivo de saciar a sociedade que clama cada vez mais por “Justiça”.

Admitir tal desiderato permitiria a recepção pelo ordenamento jurídico do julgamento da pessoa e não do fato por ela praticado, afrontando, por óbvio, a imparcialidade do juiz, o que seria um retrocesso.

Vale observar que nos exemplos acima se utilizou de artifícios para adequar o procedimento a realidade fática, diante da ausência ou insuficiência do Estado, ou seja, o magistrado interferiu no direito processual (adjetivo) para dar a prestação jurisdicional mais adequada e desburocratizada ao demandante. Entretanto, no caso da dosimetria, o magistrado estaria lidando diretamente com o direito material (substantivo) uma vez que sua atitude afetaria o decidir (quantidade de pena imposta) e não apenas o procedimento.

Diante do exposto, entendo que a dosimetria deva seguir critérios cada vez mais objetivos (na medida do possível) e dentro da realidade fática e jurídica apresentada nos autos do processo judicial, não sendo permitido ao magistrado se deixar influenciar por questões externas.

Na verdade o magistrado imparcial deve pautar seu julgamento de maneira a respeitar o legislador, eleito pelo povo (Separação dos Poderes), utilizando-se da proporcionalidade para atingir a pena mais justa

ao caso concreto e da ponderação quando houver conflito entre normas. Entretanto, está autorizado a agir quando houver lacuna, contradição ou omissão por parte do legislador e desde que pautado pelas normas de cunho constitucional, não havendo qualquer obstáculo que o impeça de criar alternativa ao procedimento legal em casos muito especiais, quando isso garantir maior efetividade a prestação jurisdicional e desde que preserve o contraditório e a ampla defesa.

O que se propõe, então, é, em determinados casos, a relativização do princípio do “devido processo legal” sem alteração do direito material que deve ser disciplinado pelo legislador. Não há que se falar, nesse caso, em revolução pela utilização alternativa do direito, mas simplesmente em adequação do procedimento ao caso concreto para se fazer Justiça mais efetiva e eficiente.

Para maior compreensão passemos a analisar os princípios supramencionados.

7.3. Princípio da Imparcialidade

Como se sabe a imparcialidade do juiz é pressuposto de validade do processo, sendo condição essencial para que o magistrado possa exercer a função jurisdicional.

Tal princípio foi consagrado na Declaração Universal dos Direitos do Homem, artigo X: “Todo ser humano tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir sobre seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele”.

Com a imparcialidade busca-se garantir a justiça, devendo as partes por direito exigir um juiz imparcial. A quem defenda que o Juiz não deva agir *ex officio*, pois, nesse caso, estaria privilegiando uma parte em detrimento da outra, comprometendo sua imparcialidade.

Entretanto, é imparcial o Juiz que não tem interesse no objeto da causa e nem busca privilegiar uma das partes, sem querer dizer com isso que o magistrado tenha que se afastar da realidade atuando sem compromisso.

Assim, entendo que um juiz ativo que busca a justiça (na medida do possível) e que percebe o processo não apenas como aplicação do direito ao caso concreto, mas como um meio que visa fins sociais, políticos e filosóficos pode sim ser imparcial, na medida em que deixa de ser um expectador inerte e passa a ser parte integrante do contexto social em que está inserida a pendenga jurídica.

7.4. Princípio da Separação dos Poderes

A Constituição da República Federativa do Brasil predispõe, em seu artigo 2º, que são poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Trata-se de um princípio fundamental consagrado como cláusula pétrea no artigo 60, § 4º, III, que estabelece: “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...] a separação de poderes”.

Com a análise do texto constitucional podemos verificar que, apesar de os poderes do Estado serem independentes e autônomos devem também ser harmônicos entre si. Portanto não há que se falar em supremacia de um Poder em relação a outro Poder Estatal.

Daí a preocupação com o ativismo uma vez que ao permitirmos uma maior liberdade de atuação do Poder Judiciário no caso concreto estaríamos ferindo, segundo alguns, o princípio da Separação dos Poderes já que os juízes, ao criarem o que não existe (seja interpretando a norma ou não), estariam fazendo às vezes de legisladores sem exercer um mandato eletivo para tal, portanto sem legitimidade.

Ocorre que, no meu sentir, não há afronta ao princípio supramencionado quando o magistrado, diante da inércia do legislador, atua solucionando um caso concreto que lhe foi posto, desde que conforme a Constituição. No mais, tratando-se de direito processual entendo que o Magistrado está autorizado a agir contra o formalismo excessivo quando isso evidentemente irá beneficiar as partes envolvidas e em casos que o procedimento em si não trará uma resposta efetiva à demanda. Entretanto não é possível ao juiz inovar em questões de direito material, essas sim afetas exclusivamente ao legislador que foi eleito e exerce um mandato em nome do povo, mesmo que se justifique tal medida pela evidente discrepância entre as classes sociais e em prol do desassistido, já que isso causaria insegurança jurídica diante de decisões contraditórias prolatadas pelos mais diversos magistrados.

Como disse anteriormente, “o juiz não está ferindo o princípio da Separação dos Poderes quando age de forma discricionária observando a aplicação dos princípios e regras constitucionais visando cobrir lacunas e dando soluções mais favoráveis e justas ao excluído, na medida em que estaria apenas exercendo sua função de forma a equilibrar o sistema vigente em prol do fortalecimento democrático, não havendo qualquer inconstitucionalidade ou ilegalidade na decisão judicial baseada nessa fundamentação, uma vez que no meu sentir só é possível agir alternativamente quando houver imprecisões e/ou espaços na legislação, mas sempre buscando a igualdade entre os demandantes para uma melhor solução do litígio”.

7.5. Princípio da Ponderação

Objetivando solucionar conflitos entre princípios, utiliza-se o método de ponderação. O que ocorre é que existem situações em que as técnicas de interpretação tradicionais não são suficientes para solucionar conflitos envolvendo direitos fundamentais e os valores que eles representam.

Assim, pode-se dizer que a ponderação é uma técnica utilizada nos casos mais complicados e sem solução aparente onde surgem conflitos entre princípios.

Entretanto, recomenda-se que quando houver conflito entre dois ou mais direitos e garantias fundamentais o intérprete deve harmonizá-los para que não haja o total sacrifício, buscando o verdadeiro significado da norma e como ela se coaduna ao caso concreto.

Ocorre que existem casos que essa harmonização não será possível cabendo ao aplicador ponderar qual deve prevalecer, ou seja, ocorrerá, inevitavelmente, o descumprimento de uma norma, parcial ou totalmente, para que outra seja aplicada ao caso concreto.

É evidente que a utilização da técnica da ponderação dos princípios pode acarretar o risco de determinadas circunstâncias e influências pessoais pesarem no momento da decisão, daí a necessidade de se agir com proporcionalidade e razoabilidade.

7.6. Princípio da Proporcionalidade

Entende-se que por não possuírem caráter absoluto, como demonstrado anteriormente, os direitos fundamentais podem ser restringidos, desde que a limitação seja para proteger ou preservar outro valor constitucional.

O Princípio da Proporcionalidade funciona como limite e instrumento para que se operacionalize a ponderação, funcionando como parâmetro a ser observado em caso de conflito. Ou seja, ao decidir o juiz deve estar ciente que sua ordem deve ser adequada, necessária e proporcional.

7.7. Da Relativização do “Devido Processo Legal”

7.7.1. Do Devido Processo Legal

O legislador brasileiro inspirou-se na Constituição Americana, ao trazer para o ordenamento jurídico brasileiro o princípio do devido processo legal. Tal princípio encontra-se na Carta Política Brasileira de 1988, Art. 5º, LIV: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Alexandre de Moraes, acerca do devido processo legal, diz: “O devido processo legal configura dupla proteção ao indivíduo, atuando tanto no âmbito material de proteção ao direito de liberdade, quanto no âmbito formal, ao assegurar-lhe paridade total de condições com o Estado-persecutor e plenitude de defesa [...].”⁹⁹

Divide-se o devido processo legal em duas espécies: substancial e processual.

O devido processo legal substancial (“substantive due process”) considera o direito material e requer uma produção legislativa razoável, ou seja, as leis devem satisfazer ao interesse público, aos anseios do grupo social a que se destinam. Por outro lado, o devido processo legal processual (“procedural due process”) é o princípio empregado no sentido estrito, referindo-se tanto ao processo judicial quanto ao processo administrativo, assegurando-se aos demandantes vários direitos no âmbito do processo, como a citação, a ampla defesa, a produção de provas, o contraditório, uma sentença fundamentada, o duplo grau de jurisdição, a coisa julgada, etc. É precisamente nesse aspecto processual que se faz uso, no Brasil, da expressão: “devido processo legal”.

Podemos afirmar que o devido processo legal, sob a ótica estritamente processual, nada mais é do que a possibilidade da parte ter

⁹⁹ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2001, pág. 121.

acesso à justiça, deduzindo pretensão e defendendo-se do modo mais amplo possível.

7.7.2. Da relativização do “Devido Processo Legal”

Não tenho dúvidas que o “devido processo legal” é princípio basilar, e na vertente processual garante, pelo menos em tese, a efetividade da Justiça, uma vez que teoricamente municia as partes com as mesmas ferramentas dando equilíbrio à causa (demanda), sendo o pano de fundo onde gravitam o contraditório e a ampla defesa.

Entretanto, como já dito alhures, no mundo real onde as contendas extrapolam a previsão dos doutos – pois não há literatura suficiente para abarcar todas as hipóteses surgidas no dia a dia –, nem sempre há ferramenta disponível para solucionar os problemas e entraves de uma ação judicial.

Nesses casos especiais (alguns foram citados acima) não há Justiça, simplesmente porque o procedimento não atende a expectativa emperrando o andamento da ação, já que não há alternativa disponível, impossibilitando que seja dado o adequado e justo provimento jurisdicional.

Assim, ao magistrado resta manter a ação estagnada por anos a fio ou encontrar uma solução que possa dar um resultado prático satisfatório. Nesses casos então seria salutar admitir, em prol do sentimento de Justiça, que se criasse um caminho alternativo, não previsto em lei, e apenas quando o procedimento legal não seja adequado ao caso concreto, para se atingir a pretensão deduzida em juízo.

Observe-se que nesses casos o direito material permanece intacto assim como previsto pelo legislador, apenas o caminho para atingi-lo é que seria alterado. Veja-se que havendo concordância das partes há a preservação do contraditório e da ampla defesa, afastando-se, a meu ver, qualquer nulidade.

Corroborando com essa idéia trago a baila a inovadora modalidade de procedimento, que podemos classificar de especialíssima, trazida pelo novo Código de Processo Civil Brasileiro onde as partes por convenção, de modo bilateral e no plano contratual, podem estabelecer procedimento diverso daquele previsto na lei. Assim, se o processo versar sobre direitos que admitam autocomposição, as partes, desde que capazes em sua plenitude, poderão estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da demanda, isto é, àquilo que de especial e, portanto, merecedor de destaque, exista na questão de direito material a ser veiculada no processo. Nesse novo contexto normativo, as partes poderão convencionar, dentre outros temas, a respeito de ônus da prova, inversão cronológica de atos processuais, poderes, faculdades e deveres. E, além disso, poderão pactuar sobre essas matérias antes mesmo do processo, o que significa inserir em contrato, público ou privado, negócio jurídico de natureza processual, que vai muito além da mera eleição de foro, admitida pelo código antiga.

Essa mesma idéia, portanto, é proposta aqui, só que numa escala maior, considerando o “direito vivo”, ou seja, aquele que existe fora dos livros jurídicos, mas que está presente no dia a dia dos operadores de direito.

É importante destacar que nos exemplos supramencionados, em todos os casos, apenas se alterou o procedimento para que se pudesse responder de forma eficiente a demanda, seja em questões cíveis ou criminais. Até mesmo nos exemplos mais complexos, onde aparentemente houve alteração do direito material, como nos casos envolvendo o aborto, é de se notar que a norma em si permaneceu intocável, já que o que se fez foi interpretar o dispositivo em questão conforme a constituição. Portanto, nesse exemplo, o aborto continua sendo crime. Apenas, como se viu, determinadas condutas foram descriminalizadas já que interpretadas conforme os ditames previstos na Constituição Federal.

Não se pode confundir, entretanto, o que se acaba de afirmar com a possibilidade de alternativamente se aplicar a pena a um determinado réu, a mais ou a menos, sob a justificativa de se estar “fazendo justiça”, pois, como já dito anteriormente, nesse caso o magistrado estaria adequando uma circunstância judicial para atingir a pena que entende justa. Admitir esse grau de subjetivismo nessa fase da dosimetria da pena seria dar vazão a arbitrariedades e feriria de morte o princípio da Separação dos Poderes já que o magistrado estaria inovando onde não é possível inovar, até porque, seguindo esse entendimento, também seria possível aumentar a pena do réu bem acima do mínimo legal apenas usando fundamentação genérica.

7.8. Considerações finais

O professor Paulo César Busato em sua obra **Fundamentos para um direito penal democrático** nos ensina que “dentro do conceito de controle social estão compreendidos todos os recursos de que uma sociedade determinada dispõe para conseguir a submissão de determinados comportamentos de seus membros a um conjunto de regras e princípios reconhecidos e estabelecer suas respostas em caso de transgressão a essas regras e princípios”.

O ilustre professor diz mais: “Vários sistemas contribuem para a efetivação desse controle social, tais como o sistema educativo, a família, os grupos de organização social voluntária como clubes ou associações religiosas etc. Claro que também tem seu papel no controle social o sistema jurídico, e dentro dele os sistemas jurídicos civil, administrativo, trabalhista, tributário e penal entre outros. Esse controle é exercido dentro de uma escala de gravidade, onde figuram em primeiro lugar as instâncias não jurídicas, depois as jurídicas. Entre as jurídicas, também existe uma escala, na qual o último elo da cadeia é o sistema jurídico penal. Essa ordem entre os sistemas de controle obedece claramente a uma primazia que é inversamente proporcional ao grau de coerção envolvido. A razão para isso é simples: a adoção de uma política adequada a um modelo de Estado a serviço do cidadão. A inversão dessa distribuição do controle social é

sintoma claramente revelador de um Estado intervencionista e totalitário”.
100

Dando continuidade em seu raciocínio o professor aduz que “o direito penal não é o melhor meio de controle social e nem mesmo o mais importante. A escola, a religião, o sistema laboral, as organizações sindicais, os partidos políticos, a educação familiar, as mensagens emitidas pelos meios de comunicação, o entorno no qual se desenvolvem as relações sociais etc. são instrumentos informais de controle social que atuam antes da ocorrência do desvio de conduta e inclusive são mais efetivos e mais importantes que o direito penal”.¹⁰¹

Portando o direito penal é sim um importante instrumento de controle social, devendo ser utilizado apenas em ultimo caso, ou seja, quando todos os outros sistemas tenham falhado.

Seguindo essa premissa deve o julgador aplicar a pena de forma ponderada e proporcional sempre na medida da culpabilidade do agente e dentro do limites impostos pelo legislador.

É temerário admitir que o magistrado estabeleça uma pena maior ou menor independentemente das circunstancias judiciais sob a desculpa de se estar aplicando justiça visando dar equilíbrio às classes sociais ou entre os desfavorecidos e os mais abastados, uma vez que nesse caso não seria possível manter fora do julgamento influencias externas, como religião, família, educação, cultura etc. comprometendo a imparcialidade do julgador.

Nesse caso o julgamento estaria comprometido já que o juiz ao não atender aos critérios previamente estabelecidos pelo legislador, mesmo

¹⁰⁰ BUZATO, Paulo César. **Fundamentos para um direito penal democrático**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2013. Pág. 64.

¹⁰¹ Idem. Pág. 66.

visando fazer Justiça, não estaria respeitando o princípio da separação dos poderes já que criaria algo que não existe.

CONCLUSÃO

O que me perguntei no início desse trabalho foi se era possível ao magistrado aplicar o direito de forma alternativa no momento da dosimetria da pena, aumentando-a ou diminuindo-a conforme seu sentimento de Justiça, utilizando-se para tanto das próprias circunstâncias judiciais previstas em lei.

Para isso descobri que o direito alternativo foi pensando originalmente como forma de se alcançar a “revolução do proletariado”, portanto, sua fonte primordial eram os conceitos de esquerda.

Com o tempo outras vertentes foram aparecendo, inclusive aquelas mais moderadas, que viam o direito alternativo como uma forma de se melhorar o direito existente de maneira a tornar o Poder Judiciário mais ativo e comprometido.

Daí o surgimento do ativismo judicial não como resultado do alternativismo, mas como solução para aqueles mais moderados que ansiavam por mudanças sem uma revolução, na medida em que pretende dar maior efetividade a norma por vezes lacunosa e imprecisa, mas sob a batuta da Constituição.

Ainda tentando responder a pergunta inicial, observei que em alguns casos é possível ao juiz relativizar o procedimento existente (direito adjetivo), pois caso não o faça há a real possibilidade de perecimento do próprio direito material.

Nesses casos não há qualquer afronta à Separação dos Poderes já que o magistrado apenas adéqua o procedimento ao caso concreto para evitar, como já dito alhures, a perda do direito material. A imparcialidade continuaria irretocável uma vez garantido o contraditório e a ampla defesa e, finalmente, pela utilização equilibrada dos princípios da proporcionalidade e da ponderação.

Dessa forma o que se propõe não é um direito alternativo revolucionário, mas sim a relativização do “devido processo legal” em casos mais urgentes diante da necessidade de se admitir que o Estado não consegue responder a contento todas as questões que lhe são postas (ausência de policiais, defensores, advogados, promotores e até de juízes, sem falar da parca estrutura), ficando evidente nesses casos que o direito não é estanque mas sim vivo e pujante.

Diante do exposto é possível depreender que no momento da dosimetria não se pode aplicar a alternatividade sob a desculpa de se estar equilibrando forças entre os mais fortes e o desassistido – nesse caso o réu –, pois seria uma afronta a Legalidade e a Separação dos Poderes. Até porque, caso isso fosse admitido, também seria possível aumentar-se a pena para manter esse mesmo desassistido longe da sociedade o maior tempo possível, protegendo aqueles que o “direito alternativo” pretende combater. Também não seria correto relativizar o procedimento nesses casos por não haver risco de perda de direitos, além do fato do procedimento em tela ser simples e enxuto.

Portanto, o magistrado no momento da dosimetria da pena deve ater-se aos requisitos impostos pelo legislador aplicando o mínimo ou o máximo conforme a presença das circunstâncias judiciais uma vez que o resultado de sua análise leva a fixação da pena-base. Caso haja qualquer dúvida ou algo não tenha sido apurado durante a instrução processual isso não poderá de forma alguma prejudicar o réu.

Assim, entendo não ser possível agir contrario a lei quando isso representa limitação ou extirpação de direitos, mesmo percebendo que a lei (principalmente a penal) é utilizada como instrumento da classe dominante para se manter no poder, em que pese admitir em determinados casos a relativização do “devido processo legal” e a interpretação conforme a Constituição em casos de lacunas, contradições ou ausência do legislador (ativismo judicial).

Diante do exposto é possível depreender que as perguntas inicialmente feitas foram respondidas uma vez que a aplicação do direito alternativo no momento da dosimetria da pena objetivando a aplicação de uma sanção mais justa ao condenado contraria o princípio da Separação dos Poderes, além de permitir, por óbvio, caso se admita tal desiderato, a aplicação de penas mais severas, o que feriria os princípios da culpabilidade e da individualização da pena.

Assim, é possível afirmar que os objetivos pretendidos quando se iniciou a presente pesquisa foram devidamente atingidos já que se atestou não ser possível a aplicação de um direito alternativo na fase da dosimetria da pena como forma de combater a estrutura dominante, mesmo entendendo que o direito penal é usado como instrumento de controle social.

BIBLIOGRAFIA

- ANDRADE, Lédio Rosa de. **Introdução ao direito alternativo brasileiro**. 1ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.
- ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima de. **Lições de direito alternativo 1**. São Paulo: Acadêmica, 1992.
- _____, **Lições de direito alternativo 2**. São Paulo: Acadêmica, 1992.
- BARROZO, Luiz Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Revista nº 04 da Ordem dos Advogados do Brasil. Janeiro/Fevereiro de 2009. Disponível em <http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901>. PDF, acessado em 17 de agosto de 2016.
- BATISTA, Neimar e PARODI, Ana Cecília. **O ativismo judicial como meio para efetivação da função social do processo**. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8985. Acesso em 01 de novembro de 2016.
- BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Rio de Janeiro: Editora Rio, 2002.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal Comentado**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 4. Ed., ver. E atual. Poto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

BRANDÃO, Carlos Augusto Pires. **O intérprete na sociedade atual.** *Revista da Justiça Federal do Piauí*, Teresina, 1 (1): 151-154, dez. 2000.

BUZATO, Paulo César. **Fundamentos para um direito penal democrático.** 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

CAPELLER, Wanda de Lemos. **Fênix e o eterno retorno: a dialética entre a “imaginação criminológica” e a força do Estado. Lições de Direito Alternativo.** V.2. Organização: Edmundo Lima de Arruda Júnior. São Paulo: Acadêmica, 1992.

CAPEZ, Fernando; PRADO, Stela. **Código Penal Comentado.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CARVALHO, Amílton Bueno de. **Direito alternativo na jurisprudência.** São Paulo: Acadêmica, 1993.

CASTRO, Celso Antônio Pinheiro de. **Sociologia do direito: fundamentos de sociologia geral; sociologia aplicada ao direito.** 6ª ed. São Paulo: Atlas, 1999.

COSTA, Tatiana Martins da. **Coculpabilidade como forma de flexibilização da responsabilidade penal.** Rio de Janeiro. 2013. Projeto de Pesquisa apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Orientadores: Mônica Areal; Néli Luiza C. Fetzner; Nelson C. Tavares Junior.

DELMANTO, Celso. **Código Penal Comentado.** 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

- FIUZA, Ricardo Arnaldo Malheiros. **Direito constitucional comparado**. 4ª ed. rev. atual. ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. ISBN 85-7308-694-7.
- GRAHL, Renato Hartwig. **Jurisdição do Supremo Tribunal Federal e o controle de constitucionalidade**. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2006. ISBN 85-98304-78-6.
- GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal - Parte Geral, Volume I**, 11º ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.
- HERVADA, Javier. **Introducción Crítica AL Derecho Natural**. 7ª ed. Pamplona: Eunsa, 1993.
- JUNQUEIRA, Eliane Botelho. **Memórias Precoces. Perspectivas sociológicas do Direito: 10 anos de pesquisa**. Organização: OAB/RJ. Rio de Janeiro: Thex Editora, 1995.
- KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução: João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1985.
- LIMA, Gustavo Augusto Freitas de. **Controle de constitucionalidade e cláusula de reserva de plenário. Vantagens e desvantagens da súmula vinculante nº 10 do STF**. Teresina: Jus Navigandi, ano 14, n. 2284, 2 out. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/13609>>. Acesso em: 6 ago. 2014.
- MARINHO, Inezil Penna. **O Direito natural como fundamento de uma teoria do direito justo e os pressupostos de uma sociedade justa**. Brasília: Instituto de Direito Natural, 1979.
- MARÇAL, Fernanda Lira; FILHO, Sidney Soares. **O princípio da co-culpabilidade e sua aplicação no direito penal brasileiro**.

MENDES JÚNIOR, Cláudio. **Sentença penal e dosimetria da pena: teoria e prática**. Curitiba: Juruá, 2014.

MIAILLE, Michel. **Introdução crítica ao direito**. 2ª ed. Lisboa: Estampa, 1994.

MIRANDA, Roberto Drehmer de. **A “reinvenção” do direito alternativo: neoconstitucionalismo, garantismo penal e “direito das minorias”**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Ed., 2014. ISBN 978-857525-619-0.

MORAES, Alexandre de – **Direito Constitucional**. 22ª ed. São Paulo: Atlas, 2007. ISBN 978-85-224-4834-0.

MOTTA FILHO, Sylvio Clemente da; SANTOS, William Douglas Resinente dos. **Controle de Constitucionalidade: teoria e questões**. 2ª ed. atual. até a Emenda Constitucional nº 26/00. Rio de Janeiro: Impetus, 2000. ISBN 85-87002-03-1.

_____. **Direito Constitucional: teoria e 1000 questões**. 9ª ed. rev. ampli. e atual. até a Emenda Constitucional nº 32/2001. Rio de Janeiro: Impetus, 2002. ISBN 85-87002-04-X.

MOURA, Grégore Moreira de. **Do princípio da co-culpabilidade no direito penal**. Rio de Janeiro: Impetus 2006.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição Federal Comentada e Legislação Constitucional**. 2ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009. ISBN 978-85-203-3414-0.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

OLIVEIRA, Gilberto Callado de. **A verdadeira face do direito alternativo**. 6ª ed. Curitiba: Juruá, 2012.

PEREIRA, Mirian de Sá, GOMES NETO, José Mário Wanderley. **Sociologia do direito e do Direito Alternativo: ensaios pós-graduados em homenagem a Cláudio Souto**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003.

PRADO, Luiz Regis et al. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

RANGEL, Caio Mateus Caires. **Co-culpabilidade e a (in?) aplicabilidade no direito penal brasileiro**. Buenos Aires, Argentina. 2013. Artigo Científico a ser apresentado como requisito parcial para obtenção da aprovação na disciplina de Teoría del Delito dos cursos para o Doctorado en Derecho Penal, pela Universidad de Buenos Aires – UBA.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal – Parte General**. Tomo I, Civitas, Madrid, 1997.

SALDANHA, Douglas Morgan Fullin. **Controle de constitucionalidade no direito comparado** - Página 2/2. Teresina: **Jus Navigandi**, ano 10, n. 770, 12 ago. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7141>>. Acesso 08 de agosto de 2014.

SCHMITT, Ricardo Augusto. **Sentença Penal Condenatória: Teoria e Prática**. 8ª ed. Bahia: Editora JusPODIUM, 2014.

SILVA, Wender Charles. **Ensaio sobre o princípio da coculpabilidade**. Patos de Minas. 2011.

SOUZA JÚNIOR, José Geraldo de e SANT'ANNA, Alayde. **Direito achado na rua**. 3ª ed. Brasília: Ed. Uni. Brasília, 1990.

SOUTO, Cláudio. **Tempo do direito alternativo: uma fundamentação substantiva**. 1ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

SOUZA, Paulo S. Xavier de. **Individualização da pena: no estado democrático de direito**. Porto alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2006.

USTÁRROZ, Elisa. **A fiscalização de constitucionalidade em Portugal**. Rio Grande: **Âmbito Jurídico**, X, n. 46, out 2007. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2346>. Acesso 07 de agosto de 2014.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. 2ª ed. rev. e amp. São Paulo: Acadêmica, 1995.

_____, **Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito**. São Paulo: Alfa-Omega, 1994.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro – Parte Geral**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.