

SALO DE CARVALHO

Professor Colaborador da Faculdade de Direito da UFSM.
Professor Adjunto do Departamento de Ciências Penais da UFRGS (2010-2011).
Professor Titular do Departamento de Ciências Criminais da PUCRS (1996-2009).
Pós-Doutor em Criminologia pela Universidade Pompeu Fabra (Barcelona, ES).
Doutor (UFPR) e Mestre (UFSC) em Direito.

**PENAS E MEDIDAS DE
SEGURANÇA NO DIREITO
PENAL BRASILEIRO**

(FUNDAMENTOS E APLICAÇÃO JUDICIAL)

2013

Ocorre que, se a ideia de culpabilidade no Estado democrático de direito se vincula a uma forma de responsabilização do sujeito imputável pela prática de uma conduta lesiva, seria inexoravelmente ilegítima qualquer espécie de juízo de censura moral. Todavia, apesar dos limites traçados pela estrutura constitucional, o juízo de culpabilidade, no atuar cotidiano dos atores do sistema penal, não raras vezes ingressa na esfera do íntimo como juízo de reprovação e, no limite da patologia, opera como instrumento de valoração do caráter e/ou da periculosidade do autor do fato. E esta tendência inquisitória de julgar moralmente o *autor do fato*, e não normativamente o *fato do autor*, ganha especial relevo no direito penal brasileiro no momento da aplicação da pena. Neste sentido destaca Rosa Maria Cardoso da Cunha que “no âmbito da individualização da pena, a qual deveria se relacionar com a culpabilidade pelo fato, examina-se sempre a culpabilidade do autor, a sua personalidade culpável”¹⁹.

O princípio da secularização impõe, porém, que a culpabilidade deva ser concebida como “(...) um elemento normativo (não do réu mas) do delito, a qual designa, antes de uma conotação psicológica, uma modalidade deontológica (...)”²⁰. A culpabilidade corresponderia, portanto, ao *fato*, e não ao *ser*, constituindo-se em um juízo sobre o resultado lesivo, e não sobre a pessoa. A propósito, neste cenário, Ferrajoli afirma que seria inadmissível sustentar que “*A é culpado*”, mas tão somente que “*A é culpado de uma ação*”, visto que a interioridade da pessoa não deve, em hipótese alguma, interessar ao direito penal. A culpabilidade, conclui o autor, “*não é nem um pensamento, nem um aspecto interior da pessoa, como pretenderiam as orientações puramente subjetivistas, mas um elemento de fato (...)*”²¹.

¹⁹ CUNHA, *O Caráter Retórico do Princípio da Legalidade*, p. 47.

²⁰ FERRAJOLI, *Diritto e Ragione*, p. 499.

²¹ FERRAJOLI, *Diritto e Ragione*, p. 506.

9 – OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DE LIMITAÇÃO DAS PENAS E DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA NO DIREITO BRASILEIRO

9.1. Princípios Configuradores do Sistema de Garantias

9.1.1. Embora estruturado em um modelo positivo de justificação da intervenção penal, o **garantismo jurídico** oferece importantes instrumentos para modelar uma dogmática (consequente) das penas e das medidas de segurança orientada à limitação e ao controle do poder punitivo, ou seja, para a tutela das pessoas contra o exercício das violências (pública ou privada).

O modelo teórico garantista apresenta uma estrutura de princípios que pretende assegurar o maior grau de racionalidade possível ao sistema jurídico-penal, dotando os aplicadores do direito de ferramentas idôneas para assegurar o máximo grau de proteção dos direitos fundamentais.

Segundo Ferrajoli, o modelo de garantias seria caracterizado por uma cadeia de princípios ou máximas que corresponderiam às restrições necessárias ao poder punitivo nos Estados democráticos de direito. Assim, não seria admissível a imposição de uma pena sem que tenha sido cometido um fato, previsto legalmente como crime, de necessária proibição, gerador de efeitos danosos a terceiros, caracterizado por uma conduta humana exterior provocada por uma pessoa culpável. Imprescindível, ainda, que o fato seja demonstrado e comprovado empiricamente pela acusação, perante um juiz imparcial, em um processo público realizado em contraditório, mediante procedimentos de controle formalmente estabelecidos em lei¹.

¹ FERRAJOLI, *Diritto e Ragione*, p. 80.

A cadeia principiológica estabelecida por Ferrajoli concretiza-se em onze categorias do direito penal material e do direito processual penal: *pena, delito, lei, necessidade, ofensividade, conduta, culpabilidade, juízo, acusação, prova e defesa*. As categorias seriam pré-requisitos, implicações deonticas ou princípios sem os quais seria ilegítima a atribuição de responsabilidade e, consequentemente, a aplicação de uma sanção, pois delas depende a idoneidade dos métodos de constatação do fato-crime e de irrogação das penas.

O sistema de garantias seria estruturado, seguindo a tradição escolástica, em dez princípios: *nulla poena sine crimine; nullum crimen sine lege; nulla lex (poenalis) sine necessitate; nulla necessitas sine iniuria; nulla iniuria sine actione; nulla actio sine culpa; nulla culpa sine iudicio; nullum iudicium sine accusatione; nulla accusatio sine probatione; e nulla probatio sine defensione*. Decodificados pela dogmática, os princípios estruturam a *teoria do direito penal* (princípio da legalidade e princípio da necessidade); a *teoria do delito* (princípio da lesividade e princípio da culpabilidade) e a *teoria da pena* (princípio da reprovação e da prevenção)] e a *teoria do processo penal* (princípio do devido processo legal, princípio da inércia da jurisdição, princípio do contraditório e princípio da ampla defesa).

Os princípios corresponderiam às regras do jogo do direito penal nos Estados democráticos de direito e, em decorrência de sua gradual incorporação pelos textos constitucionais a partir de 1948,² estabeleceriam vínculos formais e materiais de validade das normas e das decisões sobre a responsabilidade penal e a aplicação da pena.

9.1.2. Miguel Reale Júnior, consolidando a ideia de **ancoragem constitucional** do sistema jurídico, sustenta que “o Direito Penal está limitado negativamente pela Constituição, devendo ater-se a estes princípios, não violando os valores constitucionais, mas por eles pautando-se”³.

A principiológica constitucional que modela o sistema garantista define uma estrutura limitada de poder (princípio de intervenção mínima ou minimalismo penal), opondo-se aos modelos de direito penal autoritários caracterizados “(...) pela debilidade ou ausência de algum ou de alguns destes limites à intervenção estatal”³. Se a ausência de freios à atuação do sistema punitivo é oposta à ideia de Estado de direito – “entendendo-se com esta

² REALE JR., *Instituições de Direito Penal I*, p. 27.

³ FERRAJOLI, *Diritto e Ragione*, p. 81.

expressão [Estado de direito] um tipo de ordenamento no qual o poder público, e especificamente o poder penal, é rigidamente limitado e vinculado pela lei sob o aspecto substancial (ou dos conteúdos penalmente relevantes) e sob o aspecto processual (ou das formas processualmente vinculantes)” –, em sentido reverso estaria intimamente harmonizada com os Estados absolutos ou totalitários – “entendendo-se com tais expressões qualquer ordenamento onde os poderes públicos sejam ‘legis soluti’ ou totais, isto é, não disciplinados pela lei, logo, destituídos de limites e condições”⁴.

Os distintos modelos jurídicos traduzem opções político-criminais bastante evidentes em relação aos ônus e aos custos em jogo na atuação das agências punitivas: “a certeza perseguida pelo direito penal máximo é que nenhum culpado fique sem punição, à custa da incerteza de que algum inocente possa ser punido. A certeza perseguida pelo direito penal mínimo é, ao contrário, que nenhum inocente seja punido, à custa da incerteza de que algum culpado reste impune. Os dois tipos de certeza, e os custos ligados às respectivas incertezas, refletem interesses e opções políticas contrapostas: de um lado a máxima tutela da segurança pública contra as ofensas ocasionadas pelos crimes, por outro, a máxima tutela das liberdades individuais contra as ofensas geradas por penas arbitrárias”⁵.

9.2. Princípio da Legalidade dos Delitos e das Penas

9.2.1. A partir da experiência da Segunda Guerra, a elaboração da carta de Direitos Humanos da ONU (1948) representou uma resposta humanitária ao totalitarismo incorporada por praticamente todas as Constituições ocidentais. Assim, com a formalização dos **direitos e garantias individuais e coletivos** como princípios fundamentais – direitos anteriormente situados fora dos sistemas jurídicos e concebidos apenas como direitos naturais –, é redefinida a teoria da validade das leis e dos demais atos dos poderes públicos. Paralelamente, os clássicos princípios do direito penal e do direito processual penal, voltados especialmente à tutela das liberdades individuais, são densificados. Estrutura-se, portanto, uma complexa cadeia de princípios de garantia voltada à efetivação dos direitos humanos (direitos individuais, sociais e transindividuais).

⁴ FERRAJOLI, *Diritto e Ragione*, p. 80.

⁵ FERRAJOLI, *Diritto e Ragione*, p. 83.

No campo do sistema punitivo, a principal virtude da reafirmação e da incorporação constitucional das garantias individuais foi a elaboração de critérios negativos (limitadores) da atuação das agências punitivas (agências legislativa, judiciária e executiva). Isto não significa que pontualmente os textos constitucionais tenham sido incapacitados de habilitar o poder punitivo – aliás, na experiência constitucional brasileira esta questão fica bastante clara com a presença de inúmeras cláusulas de criminalização, como, p. ex., a punição da discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI); a inafiançabilidade e a imprescritibilidade da prática de racismo (art. 5º, XLII) e da ação de grupos armados contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (art. 5º, XLIV); a vedação de direitos aos crimes definidos como hediondos (art. 5º, XLIII); a punição severa (qualificativo constitucional) do abuso, da violência e da exploração sexual da criança e do adolescente (art. 227, § 4º), entre outros. No entanto, apesar das projeções criminalizadoras, fundamental perceber que a cadeia de princípios garantistas que modela a estrutura normativa designa funções (dogmáticas) fundamentalmente constrictivas da atuação punitiva do Estado.

A preocupação central na edificação de um modelo jurídico-penal de garantias, portanto, é a de delimitar estratégias normativas e dogmáticas idôneas para maximizar os direitos fundamentais, reduzindo o impacto (danos) provocado pela incidência do poder punitivo na sociedade. Neste sentido, o princípio da legalidade representa o primeiro e mais potente instrumento (ou a primeira garantia) de controle dos atos dos poderes punitivos.

9.2.2. O art. 5º, XXXIX, da Constituição ancora o sistema jurídico brasileiro de crimes e de penas no **princípio da legalidade**. No referido dispositivo, a Constituição vincula a existência do delito e a possibilidade da punição do ilícito à lei anterior – “*não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal*”. É possível dizer, inclusive, que o princípio da legalidade, em sua dimensão formal e material, é o pressuposto ou a condição *sine qua non* de um sistema jurídico democrático.

Ferrajoli entende o princípio da legalidade como uma “*regra semântica que identifica o direito vigente como objeto exaustivo e exclusivo da ciência penal, estabelecendo que somente as leis (e não a moral ou outras fontes externas) dizem o que é crime, e que as leis dizem somente o que é crime (e não o que é pecado)*”⁶.

⁶ FERRAJOLI, *Diritto e Ragione*, p. 370.

O princípio da legalidade pode ser desdobrado em duas regras de legitimação (legitimação formal e substancial). A primeira, que pode ser identificada como *princípio da legalidade em sentido amplo*, vincula a possibilidade de reconhecimento do crime à existência da lei penal, ou seja, a previsão anterior da conduta proibida é a condição necessária e insubstituível para atribuição de responsabilidade penal e aplicação da sanção. Trata-se de uma regra de divisão do poder punitivo que prescreve ao juiz a possibilidade de declarar como delito somente as condutas que foram reservadas ao legislador determinar como puníveis. A segunda, denominada *princípio da legalidade em sentido estrito* (ou *princípio da taxatividade*), define um conjunto de técnicas e prescrições semânticas para a qualificação de uma conduta como punível. Seriam preceitos normativos de formação da linguagem penal que prescrevem ao legislador o uso de termos de extensão determinada na construção dos tipos penais para que, em momento posterior, seja possível sua aplicação judicial. Segundo Ferrajoli, “*o princípio convencionalista da mera legalidade [legalidade em sentido amplo] é uma norma dirigida aos juízes, a quem prescreve que considerem crime qualquer fenômeno livremente qualificado como tal pela lei; o princípio cognitivo de estrita legalidade é uma norma metalegal dirigida ao legislador, a quem prescreve uma técnica específica de qualificação penal idônea que deverá garantir, com a taxatividade dos pressupostos da pena, a decidibilidade da verdade de sua enunciação*”⁷.

Logicamente que a redução das hipóteses de incriminação à matéria legislada não exclui o uso das demais fontes do direito da interpretação jurídico-penal. O recurso ao direito consuetudinário, à jurisprudência e ao direito comparado é plenamente admissível em direito penal. Sua vedação, porém, é restrita aos casos de interpretação criminalizadora ou penalizadora, e não às técnicas de descaracterização do delito ou de exclusão da pena, possibilidades perfeitamente compatíveis com o princípio da legalidade no Estado de direito.

Assim, é absolutamente lícito afirmar a possibilidade de flexibilização ou relativização da legalidade penal; no entanto, apenas se esta flexibilização projetar uma ampliação dos horizontes de liberdade. Neste sentido não se podem esquecer as inúmeras construções dogmáticas que potencializam o uso das fontes materiais e da analogia *in bonam partem*, como, p. ex., as causas supralegais de exclusão da tipicidade (princípio da

⁷ FERRAJOLI, *Diritto e Ragione*, p. 71.

insignificância e da adequação social), da ilicitude (consentimento do ofendido) e da culpabilidade (inexigibilidade de conduta diversa e direito de resistência).

Desta forma, uma construção dogmática ancorada na Constituição possibilita, ao mesmo tempo, a afirmação e a flexibilização da legalidade instituída. Nas palavras de Amilton Bueno de Carvalho, a interpretação garantista do princípio da legalidade opera em dúplice diretiva: (a) na direção punitiva, a interpretação tem força centrípeta, isto é, a imantação hermenêutica é para o núcleo do texto, com o uso restritivo da legalidade; e (b) na direção libertária, a força hermenêutica deve ter potencialidade centrífuga, dirigida para fora, com olhar extensivo dos direitos e garantias⁸.

Segundo Wunderlich, esta (re)interpretação criativa dos direitos e das garantias constitucionais funda uma dogmática crítica problematizadora que contextualiza o objeto de intervenção no seu tempo e no seu espaço, circunstância fundamental para a edificação de uma práxis judicial condizente com a tutela das liberdades públicas no Estado democrático de direito⁹.

9.3. Princípio da Responsabilidade Penal Pessoal

9.3.1. O **princípio da pessoalidade da pena** foi consagrado no direito constitucional brasileiro na Constituição de 1824 e previa que *“nenhuma pena passará da pessoa do delinquente. Por tanto não haverá em caso algum confiscação de bens, nem a infâmia do Réo se transmittirá aos parentes em qualquer gráo, que seja”* (art. 179, XX, Constituição Imperial de 1824) (sic). O dispositivo opunha-se às formas de aplicação e de execução das penas dispostas no Livro V das Ordenações Filipinas (1603). Posteriormente, o princípio constitucional relativo à limitação da responsabilidade penal ao autor do crime foi reproduzido, não exatamente nos mesmos termos, em todas as Constituições brasileiras – v.g. art. 72, § 19, Constituição de 1891; art. 113, XXVIII, Constituição de 1934; art. 141, § 30, Constituição de 1946; e art. 150, § 13, Constituição de 1967 –, excetuando a Carta de 1937.

⁸ CARVALHO, *Lei para que(m)?*, pp. 142-146.

⁹ WUNDERLICH, *Por um Sistema de Impugnações no Processo Penal Constitucional Brasileiro*, pp. 18-19.

As vedações previstas no inciso XX, do art. 179, da Constituição de 1824, advêm do fato de que o sistema de penas cominadas nas Ordenações Filipinas possibilitava não apenas (a) a apropriação dos bens pessoais e da família pela Coroa, mas (b) a proscrição da memória do condenado e (c) a imposição do estigma de infâmia aos seus descendentes. A morte, prevista como sanção em grande parte dos delitos, era graduada conforme o grau de lesividade da conduta, podendo ser aplicada em forma de morte cruel, morte atroz, morte simples ou morte civil. As duas primeiras modalidades, além da previsão da irrogação de suplícios ao longo da execução, caracterizavam-se pela transcendência, ou seja, pela imposição do esquecimento público da identidade do sujeito (eliminação da memória do condenado) e pela transmissão dos efeitos da pena aos familiares do condenado (confisco dos bens e estigma da infâmia às gerações subsequentes). Veja-se, p. ex., nos crimes de lesa-majestade: *“(...) o erro da traição condena o que commette, e empece e infama os que de sua linha descendem, posto que não tenham culpa”* (Ordenações Filipinas, Livro V, inciso VI, *caput*) (sic).

Interessante referir que, mesmo após a promulgação da Constituição de 1824, o Livro V das Ordenações permaneceu em vigor até a elaboração do Código Criminal do Império (1830), quando finalmente a lei penal brasileira incorpora as diretrizes do liberalismo e, no caso específico, institui o primado da intranscendência das sanções criminais.

9.3.2. Na Constituição de 1988, o art. 5º, XLV, estabelece que *“nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido”*.

O princípio da pessoalidade (ou princípio da responsabilidade penal pessoal) se alia às noções de legalidade ampla e estrita na configuração de uma estrutura normativa de garantias dos direitos fundamentais. Com o fechamento do horizonte de incriminação à lei penal anterior, estrita e taxativa, a possibilidade de aplicação da pena é condicionada ao estabelecimento de um vínculo concreto entre o autor do fato e a conduta incriminada, pois a imputação recai apenas sobre aquela pessoa que deu causa ao resultado típico.

A condição ou a **possibilidade de responsabilização penal** no direito moderno não é apenas vinculada à provocação do resultado previsto em lei como ilícito (relação de causalidade), mas é fundamental que o autor da conduta tenha optado livre e conscientemente pela violação do

preceito incriminador ou, no mínimo, que tenha produzido o resultado de forma negligente, com a violação dos deveres objetivos de cuidado inerentes às condutas sociais de risco (elemento subjetivo). O efeito da vinculação da responsabilidade penal aos pressupostos objetivos e subjetivos exclui qualquer possibilidade de imposição de sanções, principais ou acessórias, a terceiros alheios ao cometimento da conduta punível e a pessoas que tenham produzido resultados previstos como crime sem a existência de um vínculo psicológico. Assim, correlatos à proibição constitucional da imposição de pena além do autor do fato punível figuram os parâmetros limitadores de responsabilidade (requisitos objetivos e subjetivos).

O requisito objetivo de responsabilização é descrito nas regras referentes à relação de causalidade, previstas no art. 13, *caput*, do Código Penal: “o resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa”. Desta forma, somente o sujeito da ação ou da omissão que produziu o resultado pode ser responsabilizado criminalmente. Além de impedir qualquer espécie de legado sancionatório em matéria criminal, o princípio da pessoalidade, vinculado à relação de causalidade, exclui toda espécie de responsabilidade por ato de terceiro ou responsabilidade penal solidária, “que pode existir no direito privado, mas não no penal”¹⁰⁻¹¹.

Se os critérios objetivos de delimitação de responsabilidade penal pessoal concretizam-se na relação de causalidade, os parâmetros subjetivos serão estabelecidos no art. 18, Código Penal – “*diz-se o crime: I – doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo; II – culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia*”. O requisito da vinculação subjetiva entre autor e resultado igualmente adquire uma conotação negativa em termos de atribuição de responsabilidade, pois exclui do ordenamento jurídico brasileiro quaisquer hipóteses de responsabilidade penal objetiva (*nullum crimen sine culpa*).

Do quadro traçado, possível visualizar as três dimensões restritivas do princípio constitucional da responsabilidade penal pessoal: (1ª) vedação de imposição de pena (ou de efeitos acessórios da sanção criminal) a terceiros alheios ao processo de realização do delito; (2ª) restrição da respon-

¹⁰ TAVARES, *Teoria do Injusto Penal*, p. 207.

¹¹ Note-se a distinta extensão da responsabilidade penal para terceiros nas esferas penal e extrapenal. No campo da improbidade administrativa, p. ex., a Lei de Improbidade estabelece que “o sucessor daquele que causar lesão ao patrimônio público ou se enriquecer ilicitamente está sujeito às cominações desta lei até o limite do valor da herança” (art. 8º, Lei n. 8.429/92).

sabilidade criminal ao autor da ação ou omissão típica; (c) negação de qualquer modalidade de responsabilidade penal objetiva (*sine culpa*) ou solidária.

9.3.3. As **diretrizes da pessoalidade e da intranscendência das penas** são consolidadas em praticamente todas as ordens jurídicas democráticas e nas principais cartas internacionais de afirmação de direitos fundamentais.

A Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica, 1969), promulgada no Brasil pelo Decreto n. 678/92, define a pessoalidade das penas como um dos direitos fundamentais à integridade pessoal – “a pena não pode passar da pessoa do delincente” (art. 5º, 3). A tradição em restringir as sanções aos autores do delito é reproduzida, p. ex., na Constituição de Portugal, que define que “a responsabilidade penal é insuscetível de transmissão” (art. 30, 3). A estrutura normativa é igualmente presente na Constituição da Itália – “a responsabilidade penal é pessoal” (art. 27, primeira parte). Em relação aos estatutos propriamente penais, o Código Penal espanhol (Ley Orgánica 10/1995) estabelece que “são responsáveis criminalmente pelos delitos e pelas faltas os autores e os cúmplices” (art. 27) e, ao definir os parâmetros de aplicação da sanção, prevê que “quando a Lei estabelece uma pena, se entende que impõe aos autores da infração consumada” (art. 61).

É possível notar, portanto, que na maioria dos países democráticos de tradição romano-germânica as regras de atribuição da responsabilidade penal são bastante similares, sendo harmônica a compreensão de que a restrição da pena ao autor da conduta delitativa é um princípio configurador dos modelos de direito penal humanitário ou, simplesmente, direito penal de garantias.

9.4. Princípio da Individualização da Pena

9.4.1. A matéria relativa à aplicação individualizada de penas será incorporada no direito penal brasileiro nos Códigos Penais de 1830 e de 1890. Embora o Código do Império preserve, para alguns delitos, a tradição das Ordenações de penas fixas, o art. 63 definia que, nos casos em que houvesse previsão de quantidades máximas e mínimas, deveriam ser considerados “(...) *tres grãos nos crimes, com atenção às suas circunstâncias agravantes ou atenuantes, sendo o maximo o de maior gravidade, á que se imporá o maxi-*

mo da pena; e o mínimo, o da menor gravidade, á que se imporá a pena mínima, o médio, o que fica entre o maximo e o mínimo, á que se imporá a pena no termo médio entre os dous extremos dados" (sic). O estatuto criminal de 1830 reforça ainda, a ideia de individualização, com a previsão de circunstâncias agravantes e atenuantes (arts. 15 a 19).

O Código de 1890 antecipa a estrutura de princípios que orientará na matéria penal, a Constituição de 1891. A perspectiva republicana promove a abolição das penas de morte, galés e banimento, sendo definida a prevalência da pena de prisão sobre as demais sanções penais. Neste cenário, a noção de individualização reforçará o sistema de penas variáveis entre mínimos e máximos, previamente definidos pelo Legislativo, que se solidificou na tradição do direito penal brasileiro.

Para além do sistema de patamares legais mínimos e máximos, o Código republicano agrega inúmeras variáveis relativas à individualização no campo da aplicação judicial do direito penal e da execução das sanções. No que tange à aplicação da pena, o Código de 1890 mantém o sistema de agravantes e de atenuantes (arts. 36 a 42) inserido no Código imperial, porém agrega causas especiais de diminuição nos crimes tentados (art. 63) e nos casos de cumplicidade (art. 64) e cria regras específicas para os concursos de crimes (concursos material, formal e crime continuado, art. 66). Em relação ao procedimento de execução, o estatuto define regras para os regimes (arts. 47 a 49) e prevê a possibilidade de sua modificação gradual com a transferência (progressão) para estabelecimentos menos severos (art. 50), bem como insere no direito penal brasileiro o instituto do livramento condicional (arts. 51 e 52). Estabelece, ainda, a limitação do tempo máximo de cumprimento das penas em 30 anos (art. 44).

É possível afirmar, portanto, que o modelo forjado pelo Código de 1890 projeta as formas atuais de individualização das penas, reforçadas nas Constituições de 1946 e de 1988 e instrumentalizadas na Reforma Penal de 1984 (parte geral do Código Penal e Lei de Execução Penal).

A incorporação da **individualização da pena** como princípio constitucional ocorre, porém, apenas na Carta de 1946, em dispositivo que igualmente regulamenta a incidência da lei penal no tempo (princípio da irretroatividade de lei penal mais grave). Segundo o art. 141, § 29, da Constituição de 1946, "a lei penal regulará a individualização da pena e só retroagirá quando beneficiar o réu". A reforma constitucional de 1967 optou por reproduzir, no mesmo artigo, os princípios de pessoalidade e de individualização das penas (art. 150, § 13), estrutura normativa que será alterada no texto constitucional precedente.

Na Constituição de 1988, a individualização da pena aparece vinculada às espécies de sanção adotadas no Brasil. O art. 5º, XLVI, define que "a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos".

Percebe-se, portanto, que a constitucionalização do princípio da individualização das sanções criminais é uma das decorrências do modelo de aplicação personalíssima da resposta penal. A necessidade de limitação da sanção ao grau de culpabilidade dos autores, dos coautores e dos partícipes do delito impõe uma adequação quantitativa e qualitativa em todos os níveis de habilitação do poder punitivo (Legislativo, Judicial e Executivo).

9.4.2. A doutrina aponta três **dimensões do princípio da individualização da pena**. A primeira, denominada *individualização legislativa*, seria identificada no processo de criação dos tipos penais incriminadores (criminalização primária), com a delimitação da conduta ilícita, a definição da espécie de pena cabível e sua respectiva quantidade mínima e máxima. O princípio da individualização opera, nesta fase, como uma guia orientadora da atividade do legislador que determina a necessidade de previsão de sanções adequadas e proporcionais às condutas incriminadas.

Embora a Constituição não tenha definido expressamente uma fórmula de determinação legal das sanções criminais, a tradição do direito penal brasileiro consagrou alguns critérios técnicos de limitação, notadamente a prevalência da pena de prisão em relação às demais modalidades sancionatórias e a fixação de patamares temporais mínimos e máximos para o seu cumprimento. Definidos pelo legislador os horizontes punitivos, inclusive com a previsão de circunstâncias de aumento e diminuição, a concretização da pena é realizada em uma segunda etapa, no julgamento do caso penal, quando da elaboração da sentença condenatória (*individualização judicial*).

Importante referir que, mesmo com previsão constitucional de penas alternativas ao encarceramento (substitutivos penais), a privação de liberdade mantém-se no centro do sistema punitivo, pois, mesmo sendo cabível a aplicação de penas restritivas de direito, o julgador, no procedimento individualizador, deve necessariamente calcular o tempo de privação de liberdade para, em um segundo momento, verificar a possibilidade de aplicação de outra espécie de sanção.

A individualização judicial é instrumentalizada na sentença criminal condenatória, etapa final do juízo de responsabilização pelo ilícito, em uma operação altamente complexa em face das exigências legais de análise circunstanciada impostas pelo Código Penal brasileiro. Com a proscrição das penas fixas e a gradual ampliação das hipóteses de penas não carcerárias (penas restritivas de direito) em decorrência da crise da pena privativa de liberdade, a partir de meados dos anos 1980 se verifica o aumento dos espaços de discricionariedade judicial na determinação da pena ao autor do fato punível – “o alargamento do poder discricionário do magistrado é, aliás, decorrência obrigatória da criação de um leque de opções graças às penas substitutivas (...)”¹².

Embora seja tema específico da matéria subsequente, é possível antecipar as quatro etapas de individualização judicial estabelecidas pelo Código Penal: (1^a) o estabelecimento da espécie de pena aplicável entre as cominadas (art. 59, I) nos casos de previsão alternativa entre pena privativa de liberdade, pena restritiva de direito ou pena de multa; (2^a) a quantificação da pena dentro dos limites mínimos e máximos previstos (art. 59, II c/c art. 68) a partir da avaliação das circunstâncias judiciais (art. 59, *caput*), das circunstâncias agravantes e atenuantes (arts. 61 a 66) e das causas especiais de aumento (majorantes) e de diminuição (minorantes) dispostas na parte geral e especial do Código e nas leis extravagantes; (3^a) a definição do regime inicial de cumprimento da pena (art. 59, III c/c art. 33); e, se cabível, (4^a) a substituição da pena de prisão por outra modalidade de sanção restritiva (art. 59, IV c/c arts. 44 e 60, § 2^o).

Transitada em julgado a sentença penal condenatória, a última fase do processo de pessoalização da pena é o da *individualização executiva*.

A Reforma de 1984 estabeleceu o controle jurisdicional da execução da pena para efetivação dos direitos dos condenados. A atuação judicial em sede executiva compreende uma dupla tarefa. A primeira, nitidamente voltada à individualização, de análise e decisão sobre as possibilidades de alteração da quantidade (remição, detração e comutação) e da qualidade (progressão e regressão de regime, livramento condicional e conversões) da pena, bem como de análise das hipóteses de sua extinção, pelo cumprimento integral ou em decorrência da incidência de alguma causa de exclusão da punibilidade (prescrição, indulto, *novatio legis* benéfica). Em face da adoção de um modelo de pena flexível, cuja qualidade e quantidade são

¹² REALE JR. et al., *Penas e Medidas de Segurança no Novo Código*, p. 159.

constantemente alteradas durante o seu cumprimento, o sistema jurisdicionalizado exige que o juiz exerça um importante papel na efetivação do devido processo de execução penal, com a garantia da ampla defesa, do contraditório, do duplo grau de jurisdição, da publicidade e da paridade de armas.

A segunda tarefa compreende a tutela dos condenados contra os desvios e os excessos praticados por ação ou por omissão pela administração penitenciária. Trata-se, fundamentalmente, do papel ativo do Poder Judiciário como garantidor das condições materiais mínimas de permanência dos condenados nos estabelecimentos prisionais. Esta atribuição legal implica o exercício do papel de fiscalizador e de interventor, assegurando que o cumprimento da pena ocorra em estabelecimentos de acordo com a natureza do delito, idade e sexo do(a) apenado(a) (art. 5^o, XLVIII), de forma a respeitar sua integridade física e moral (art. 5^o, XLIX).

Assim, em razão da alteração promovida pela Lei de Execução Penal (1984) no sistema de execução, consagrando sua natureza jurisdicional, aliada à consagração na Carta constitucional de 1988 de inúmeros direitos ao cidadão preso, notadamente ao condenado à pena de prisão, resta superada a antiga concepção de existir, na esfera penitenciária, absoluta sujeição do condenado à administração carcerária (modelo administrativo de execução da pena). Conclui-se, pois, que na atualidade a execução penal tornou-se “(...) *matéria regida pelo princípio da legalidade e de competência da autoridade judiciária*”¹³, motivo pelo qual os excessos e os desvios que infelizmente caracterizam a realidade carcerária nacional não podem ser naturalizados pelos órgãos competentes, sejam administrativos ou jurisdicionais.

9.4.3. Nos países ocidentais democráticos, sobretudo nos de tradição jurídica romano-germânica, a ideia de **individualização** está indissociavelmente coligada às **funções da pena**. Na Constituição espanhola “as penas privativas de liberdade e as medidas de segurança são orientadas à reeducação e à reinserção social e não poderão consistir em trabalhos forçados” (art. 25, 2). A Constituição italiana estabelece que “as penas não poderão consistir em tratamento contrário ao sentido de humanidade e devem ser orientadas à reeducação do condenado” (art. 27). No mesmo sentido o art. 5^o, 6, do Pacto de São José da Costa Rica (Decreto n. 678/92): “as penas privativas de liberdade devem

¹³ LUISI, *Princípios Constitucionais Penais*, p. 55.

ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados”. Em Portugal, embora o princípio de individualização não seja explícito, é possível perceber seu desdobramento a partir do sentido geral de delimitação temporal das sanções criminais, previsto no art. 30, 1: “*não podem haver penas nem medidas de segurança privativas ou restritivas da liberdade com carácter perpétuo ou de duração ilimitada ou indefinida*”.

No Brasil, conforme exposto anteriormente, a ordem constitucional abdicou de atribuir qualquer sentido positivo (fundamentador) à sanção penal. No entanto, criou uma rígida cadeia de princípios limitativos dentre os quais preponderam os princípios da pessoalidade, da individualização e da humanidade das penas, cenário que permite afirmar uma orientação político-criminal redutora (política de redução de danos).

9.5. Princípio da Humanidade das Penas.

9.5.1. A **vedação de penas infamantes e cruéis** na Constituição de 1824 representa uma das principais conquistas da reforma penal brasileira, com a explícita adesão aos princípios do liberalismo político – “*desde já ficam abolidos os açoites, a tortura, a marca de ferro quente, e todas as mais penas cruéis*” (art. 179, XIX).

A negação de práticas punitivas inquisitórias será um dos valores centrais cultivados pelo constitucionalismo brasileiro, pois nitidamente relacionado com os valores de tutela dos direitos individuais. Com a implementação da República em 1890, os princípios delineadores de um direito penal secularizado orientarão a estrutura normativa das práticas punitivas, reforçando a ideia da efetivação de um sistema de garantias. A repulsa às formas inquisitivas de sanção estará presente, portanto, em todas as Cartas constitucionais, de forma mais ou menos intensa conforme a experiência política da época. Nota-se, inclusive, que mesmo nos períodos políticos mais tensos e delicados, nos quais a democracia restou seriamente abalada, no plano normativo-constitucional são mantidas as restrições aos procedimentos desumanos – embora, como se sabe, na operacionalização do sistema, os limites impostos pelos princípios humanitários tenham sido explicitamente violados, como no caso das torturas, dos sequestros e dos desaparecimentos forçados realizados pelas agências punitivas das ditaduras militares.

9.5.2. A consolidação dos preceitos humanitários em matéria punitiva, densificada pelas Cartas de Direitos Humanos dos séculos XIX e XX, reflete-se no ordenamento jurídico interno no art. 5º, XLVII, da Constituição – “*não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis*”.

Como foi possível perceber no debate sobre as teorias da pena, apesar de a Reforma Penal de 1984 ter moldado a estrutura do sistema punitivo brasileiro a partir da noção de ressocialização (prevenção especial positiva), aderindo às teorias da pena que pautaram as reformas dos sistemas punitivos nos países Ocidentais na segunda metade do século XX, a Constituição brasileira se absteve de eleger qualquer finalidade sancionatória. No entanto, apesar de não projetar quaisquer sentidos (finalidades) às penas, a Constituição consagrou princípios negativos que estabelecem formas (espécies) e limites à intervenção. Não por outra razão é lícito afirmar que o texto constitucional abdica da resposta à questão “*por que punir?*” (modelo agnóstico), preocupando-se prioritariamente com o “*como punir?*” (política redutora).

A postura absenteísta em relação aos discursos de justificação é substituída pela consagração de princípios orientadores da garantia dos direitos e de constrição da violência institucional (vedações de penas degradantes e cruéis). Esta opção constitucional produz, no cenário punitivo brasileiro, um modelo político de redução dos danos provocados pela ingerência punitiva, marcado pelo humanitarismo. Assim, a Constituição parece ter adotado uma postura de reconhecimento das violências inerentes às práticas do sistema penal, marcadamente os processos de mortificação provocados nas instituições totais.

9.5.3. Os princípios de garantia contra os excessos punitivos aparecem na Constituição, em sua integralidade, direcionados à limitação das **penas** – princípios da legalidade (art. 5º, XXXIX), da irretroatividade (art. 5º, XL), da pessoalidade (art. 5º, XLV), da individualização (art. 5º, XLVI) e da humanidade (art. 5º, XLVII). Ocorre que o sistema sancionatório não é configurado exclusivamente pelas penas aplicáveis aos imputáveis, mas é igualmente integrado pelas **medidas de segurança** e pelas **medidas socioeducativas**, respostas jurídicas aos imputáveis etários (adolescentes em conflito com a lei) e psicológicos (portadores de sofrimento psíquico)

Verifica-se, pois, neste particular, uma injustificável omissão constitucional no regramento da matéria relativa às medidas (socioeducativas e de segurança). Note-se, p. ex., o exemplar caso das medidas de segurança que, segundo a metodologia do Código Penal, não são limitadas temporalmente como as penas (art. 75), perdurando enquanto não for declarada judicialmente a cessação da periculosidade (art. 97, § 1º, Código Penal). Lacunas desta ordem acarretam, na realidade manicomial brasileira, a possibilidade de imposição de sanção perpétua aos usuários do sistema de saúde mental que incorreram em condutas previstas como delito, dentre outras limitações de direitos que não alcançam os imputáveis. Logicamente que a jurisprudência tem avançado no sentido de assegurar aos inimputáveis um tratamento isonômico, alcançando-lhes os direitos garantidos aos imputáveis, sobretudo após o advento da Lei de Reforma Psiquiátrica (Lei n.10.216/2001), que impõe aos Poderes constituídos o dever de criar mecanismos de desinstitucionalização das pessoas em regime manicomial. No entanto, a ausência de princípios explícitos enfraquece sobremaneira o estatuto jurídico de garantias dos inimputáveis, situação que, na prática, legitima inúmeros excessos e violações de direitos.

Na experiência constitucional comparada, inúmeros textos constitucionais garantem direitos isonômicos aos condenados às penas e àqueles sujeitos às medidas de segurança – v.g. arts. 29 e 30, Constituição de Portugal; art. 25, Constituição da Espanha; art. 25, Constituição da Itália. No que tange especificamente à vedação da perpetuidade das penas e medidas de segurança, p. ex., a Constituição portuguesa é explícita ao prever que “*não pode haver penas nem medidas de segurança privativas ou restritivas da liberdade com carácter perpétuo ou de duração ilimitada ou indefinida*” (art. 31, 1).

Neste sentido, o indicativo garantista parece ser o da interpretação do termo constitucional *penas* como *sanção penal*, incluindo, portanto, todas as expressões punitivas das agências de controle social, ou seja, agregando à pena criminal as medidas de segurança e medidas socioeducativas¹⁴.

9.5.4. Questão específica que merece destaque é relativa ao tema da **pena de morte**. Mantida pela Constituição e pelo Código do Império, a

¹⁴ Neste sentido será estabelecida a cadeia de princípios limitadores às medidas de segurança e às medidas socioeducativas (CARVALHO & WEIGERT, *As Alternativas às Penas e às Medidas Socioeducativas*, pp. 227-257).

pena capital foi executada pela última vez no Brasil em 1855¹⁵. A partir da Constituição de 1891, esta modalidade de sanção penal é proscrita do sistema jurídico pátrio, tendo sua aplicação restrita aos casos previstos na legislação militar, especificamente nas situações de guerra declarada (art. 72, § 21, Constituição de 1891). A tradição constitucional brasileira, desde então, consolidou a abolição da pena capital, admitindo-a apenas nos casos de conflitos internacionais.

No entanto, conforme lembra Fragoso, “*as ditaduras têm irrecusável pendor para a pena de morte*”¹⁶. Não por outro motivo é possível perceber a tentativa de sua reintrodução na Constituição de 1937, com a sua previsão para os crimes políticos e para o homicídio qualificado pelo motivo fútil ou praticado com requintes de crueldade (art. 122, 13, f).

A Constituição de 1967 (art. 150, § 11) estabelecia a possibilidade de pena de morte nos casos de guerra externa declarada. Todavia, o Ato Institucional n. 5 reintroduziu a pena capital para os crimes políticos nas hipóteses de guerra psicológica adversa, revolucionária ou subversiva. Em 1978, a Emenda Constitucional n. 11 revogou os Atos Institucionais e, conseqüentemente, a extensão autorizadora para aplicação da pena de morte, mantendo-a exclusivamente aos casos de conflito externo.

A Constituição de 1988 mantém sua vedação e a exceção aos conflitos militares. Ademais, é fundamental registrar que, com a promulgação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) pelo Decreto n. 678/92, está vedada a possibilidade de sua reintrodução em razão de cláusula de proibição de retrocesso: “*não se pode restabelecer a pena de morte nos Estados que a hajam abolido*” (art. 4º, ‘3’).

A vedação da pena de morte e do tratamento cruel apresenta-se, na Constituição de 1988, como um desdobramento do princípio de respeito à dignidade da pessoa humana, fundamento da República (art. 1º, III), harmonizando-se com os demais dispositivos relativos à vedação da tortura e de qualquer tipo de tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III), bem como às prescrições de respeito à integridade física e moral dos presos (art. 5º, XLIX). Esta variedade de dispositivos conforma uma cadeia de princípios humanistas que deve orientar as práticas punitivas, reforçando a ideia da instrumentalidade redutora (redução de danos) da dogmática penal (dogmática conseqüente).

¹⁵ FRAGOSO, *Lições de Direito Penal*, p. 351.

¹⁶ FRAGOSO, *Lições de Direito Penal*, p. 352.

9.5.5. Outro aspecto relevante, que ganhou visibilidade com a aprovação do Decreto n. 4.388/2002, que aprovou o Estatuto de Roma no Brasil, é relativo à questão da **prisão perpétua**. Dentre as inúmeras polêmicas produzidas a partir do referido Decreto – p. ex., a previsão da entrega de nacionais (art. 58), o exercício da jurisdição independentemente das imunidades e prerrogativas de foro (art. 27), a violação do princípio da coisa julgada (art. 20) e a imprescritibilidade dos delitos contra a humanidade (art. 29) –, a previsão de prisão perpétua (art. 77) obteve destaque em decorrência da taxativa proibição constitucional¹⁷.

Apesar de a Comissão de Relações Exteriores e Defesa Nacional ter concluído “(...) *pela inexistência de óbices, quanto à constitucionalidade, que possam impedir a adesão do Brasil ao Estatuto de Roma*”¹⁸, sob o argumento de o art. 7º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias prever que “o Brasil propugnará pela formação de um Tribunal Internacional dos Direitos Humanos”, a questão da vedação da perpetuidade das penas mantém-se como um problema real da adesão do Brasil ao Estatuto de Roma.

A doutrina que se debruçou sobre o tema e tentou compatibilizar os princípios constitucionais com as regras do Tribunal Penal Internacional (TPI) propõe avaliar o problema a partir do instituto da comutação da pena. A Lei n. 6.815/80, que dispõe sobre a situação jurídica do estrangeiro, impõe como condição para deferimento do pedido de extradição que o Estado requerente assumo o compromisso de “*comutar em pena privativa de liberdade a pena corporal ou de morte, ressalvados, quanto à última, os casos em que a lei brasileira permitir sua aplicação*” (art. 91, III). Em face de o Estatuto de Roma (art. 110, 5) prever a revisão e a redução das penas (art. 110, 3) em sede de execução, afirmam os autores que haveria a possibilidade de compatibilização, desde que fosse estabelecido como dever ao Estado requerente, em caso de pedido de extradição por condenação pelo Tribunal Penal Internacional, converter a pena de caráter perpétuo, adequando-a aos ditames das regras constitucionais (art. 5º, XLVII, b) e legais (art. 91, III, Lei n. 6.815/80 e art. 75, Código Penal) brasileiras¹⁹.

¹⁷ Sobre a questão da inconstitucionalidade, verificar BITENCOURT, *Tribunal Penal Internacional*, pp. 85-94.

¹⁸ Comissão de Relações Exteriores e Defesa Nacional, Parecer n. 448/2002, Relator *ad hoc* Senador Lúdio Coelho, *DSF* 28.05.2002.

¹⁹ Neste sentido, conferir RAMOS, *O Estatuto do Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira*, pp. 267-279.

Nesta perspectiva, sustenta Reale Jr. que “(...) *a solução está na ratificação vir acompanhada de declaração interpretativa, tal como se deu na Espanha, na qual se afirma que a ratificação ocorre com a condição de que a pena não exceda ao máximo legal da reclusão, realizando-se a revisão prevista no art. 110 do Estatuto. Além do mais, segundo o art. 80 do Estatuto, as suas regras sobre penas não afetam a mudança do sistema de penas do Estado-Membro, nem se impõe que não existindo determinada pena no direito interno do Estado-Membro venha esta a ser por ele aplicada*”²⁰.

9.5.6. O **princípio de humanidade**, representado em sua **dupla dimensão** – vedação da pena de morte e proibição de penas desumanas e cruéis –, é incorporado em praticamente todos os textos constitucionais contemporâneos.

A Constituição portuguesa estabelece que “*a vida humana é inviolável*” (art. 24, 1) e que “*em caso algum haverá pena de morte*” (art. 24, 2), acrescentando ser inviolável a integridade moral e física das pessoas (art. 25, 1), sendo vedada a tortura, os maus-tratos ou as penas cruéis, degradantes ou desumanas (art. 25, 2). No texto constitucional espanhol, a orientação das penas e das medidas de segurança à reeducação e à reinserção social desdobra-se na proscrição dos trabalhos forçados e na afirmação de que o condenado à prisão mantém incólumes seus direitos fundamentais, exceto aqueles limitados pela sentença condenatória, sendo garantidos direitos sociais ao trabalho e à previdência e os direitos culturais ao pleno desenvolvimento da sua personalidade (art. 25, 2). A Constituição da Itália reproduz uma estrutura muito similar à brasileira e estabelece que as penas não podem consistir em tratamento contrário ao sentido humanitário, sendo vedada pena de morte, excetuando os casos previstos na legislação de guerra (art. 27).

Na América do Sul, o texto constitucional da Argentina determina a abolição *para sempre* da pena de morte por razões políticas e toda a espécie de tormentos e os açoites. Ademais, prevê que as prisões devem ser limpas e voltadas à segurança e não ao castigo dos detidos, determinando ser responsabilidade judicial o controle de qualquer medida que conduza

²⁰ REALE JR., *Instituições de Direito Penal I*, p. 121.

à *mortificação*²¹ dos condenados (art. 18). A negativa da pena de morte e a repulsa aos procedimentos punitivos de *mortificação* são igualmente previstos na Constituição do Uruguai (art. 26).

9.6. Espécies de Penas Adotadas pela Constituição

9.6.1. A Constituição, após estabelecer como direito fundamental a pessoalidade e a individualização das penas, elencou as **espécies de sanções criminais** admissíveis no direito penal brasileiro: (a) privação ou restrição da liberdade, (b) perda de bens, (c) multa, (d) prestação social alternativa e (e) suspensão ou interdição de direitos.

A previsão de distintas espécies de pena alterou a tradição constitucional brasileira, pois, desde a Constituição do Império, todos os textos estavam limitados a vedar ou a restringir determinadas sanções, procedimento igualmente reproduzido na Carta de 1988, no inciso XLVII do art. 5º (princípio da humanidade das penas). Contudo, de forma inovadora, o constituinte apresentou extenso rol de medidas punitivas alternativas à privação de liberdade, possibilitando, inclusive, a criação de novas formas de sanção, não elencadas na Constituição, pela legislação ordinária. A redação do dispositivo constitucional é nitidamente exemplificativa, ficando aberta a possibilidade de inovação em matéria de penas desde que respeitados os limites negativos impostos pelo princípio da humanidade (vedação de pena de morte, prisão perpétua, trabalhos forçados, banimento e penas degradantes ou cruéis).

O Código Penal de 1940, ainda imerso na centralidade da prisão como sanção criminal, previa como penas principais a reclusão, a detenção e a multa (art. 28). A Reforma de 1984, alinhada aos preceitos humanizadores do direito penal garantista e ciente dos malefícios do encarceramento denunciados pela criminologia crítica nas décadas de 1960 e 1970, unificou reclusão e detenção sob o rótulo de pena privativa de liberdade e incorporou, junto com a multa, a pena restritiva de direitos como sanção autônoma (art. 32, II). Ao reger as espécies de penas restritivas, previu a

²¹ Apesar do uso normativo do termo nas Constituições argentina e uruguaia, o conceito de mortificação por meio das instituições totais foi definido por Goffman. Neste sentido, conferir GOFFMAN, *Asylums*, pp. 48-56.

prestação de serviço à comunidade, a interdição temporária de direitos e a limitação de final de semana (art. 43, I, II e III).

9.6.2. As **penas substitutivas à prisão**, na modalidade de prestação de serviços à comunidade, foram criadas pelo Código Penal soviético de 1926 (art. 20, *d* e art. 30). Reproduzidas nos ordenamentos penais do leste europeu – Código Penal búlgaro (art. 24), Código Penal polonês (art. 33) –, posteriormente foram transnacionalizadas para os demais países ocidentais – v.g. Bélgica (1963), França (1970), Alemanha (1975), Itália (1975), Portugal (1977) e Espanha (1980). O entendimento prevalecente de que “a experiência com o sistema institucional resultou, sabidamente, negativa, restando a prisionalização como deletéria, até porque componente causal da reincidência”²², projetou a tentativa de “humanizar o Direito Penal recorrendo a novas medidas que não o encarceramento”²³.

A constitucionalização das alternativas ao cárcere não apenas fomentou a redação da Lei n. 9.714/98 (Lei das Penas Alternativas), que ampliou o rol exposto na Constituição, mas possibilitou a elaboração de mecanismos de substituição do próprio processo penal (diversificação processual), como a composição civil, a transação penal e a suspensão condicional do processo, instituídos pela Lei n. 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais Criminais).

A Lei n. 9.714/98, ao regulamentar o inciso XLVI do art. 5º, inovou em matéria de penas, incluindo no art. 43 do Código Penal a prestação pecuniária, a perda de bens e valores, a prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas, a interdição temporária de direitos e a limitação de fim de semana. Ademais, ampliou as hipóteses, prevendo a aplicação dos substitutivos penais em quaisquer hipóteses de condenação por crime culposo ou, nos casos de fixação de pena privativa de liberdade não superior a quatro anos, para os réus cujas circunstâncias fossem favoráveis (art. 44, I, II e III). Igualmente relativizou o instituto da reincidência, admitindo a aplicação nos casos em que a medida descarcerizante fosse socialmente recomendável (art. 44, § 4º)²⁴.

²² THOMPSON, *A Questão Penitenciária*, p. 5.

²³ REALE JR., *Novos Rumos do Sistema Criminal*, p. 48.

²⁴ As espécies de penas substitutivas, os critérios de substituição e a questão da relativização da reincidência serão tratados em tópicos específicos relativos à aplicação da pena provisória e à possibilidade de aplicação das penas alternativas.

Na abertura proporcionada pela Constituição, a Lei n. 11.343/2006 (Lei de Drogas), que instituiu a nova política criminal de drogas, previu, p. ex., como sanção autônoma, independente (não substitutiva) da pena privativa de liberdade, aplicáveis às condutas relacionadas ao consumo pessoal de drogas, as penas de (a) advertência sobre os efeitos das drogas (admoestação verbal), (b) prestação de serviços à comunidade e (c) medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

A principal conclusão sobre a técnica adotada na Constituição é a do explícito reconhecimento da inadequação da pena de prisão para atingir os fins propostos, sejam quais forem (retribuição proporcional, prevenção geral ou prevenção especial). Como corolário lógico, o texto permite verificar a compreensão do constituinte em relação aos efeitos deletérios do cárcere. O extenso rol de sanções alternativas previstas na Constituição e o posterior incremento de medidas substitutivas pela legislação ordinária, aliados à expressa vedação de penas cruéis, criam um corpo interpretativo que direciona os atores do sistema penal (legisladores, operadores do direito e agentes executivos) a atuar na redução dos danos provocados pela pena de prisão.

9.7. Responsabilidade Penal e Penas Aplicáveis às Pessoas Jurídicas

9.7.1. A construção histórica dos princípios liberais de direito penal, notadamente o princípio da pessoalidade da pena, além de excluir a possibilidade de responsabilização penal de terceiros não envolvidos no caso penal, centralizou a aplicação da sanção criminal nas pessoas físicas, *peças de carne e osso* (Ferrajoli). No entanto, a Constituição de 1988, ao disciplinar duas matérias distintas (ordem econômica e financeira e meio ambiente), referiu a possibilidade de **responsabilização penal de pessoas jurídicas**, situação que fomentou a discussão acerca da incorporação, no direito penal brasileiro, desta modalidade *sui generis* de responsabilização de criminal.

Em relação à ordem econômica e financeira, a Constituição estabeleceu que *“a lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições com-*

patíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular” (art. 173, § 5º). A regulamentação da previsão constitucional de sanções em casos de crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo (Leis ns. 8.078/90, 8.137/90 e 8.176/91) seguiu a tradição do penalismo liberal, restringindo a responsabilidade penal aos representantes das empresas e possibilitando a responsabilização civil e administrativa das pessoas jurídicas. Com a posterior criação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) pela Lei n. 8.884/94, a regulamentação do dispositivo constitucional quanto às sanções cabíveis nos casos de ilícitos econômicos e financeiros foi delimitada em razão da compatibilização da pena com a natureza ou o *status* jurídico do sujeito ativo da infração: responsabilidade penal direcionada à pessoa física e responsabilidade administrativa e/ou civil à pessoa jurídica.

No entanto, em relação ao meio ambiente, a dubiedade do texto constitucional não permitiu solução similar, que seria, inclusive, a mais adequada desde o ponto de vista da estrutura clássica do direito penal de garantias. Segundo o art. 225, § 3º, da Constituição, *“as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”*. Em princípio, inclusive pela sistemática e pela resolução adotadas na matéria econômica e financeira, a doutrina visualizou uma estrutura bipartida de responsabilização, sendo aplicáveis as sanções penais às pessoas físicas e as sanções de natureza indenizatória e reparatória (civil e administrativa) às pessoas jurídicas.

Todavia, a regulamentação do art. 225, § 3º, da Constituição pela Lei dos Crimes Ambientais (Lei n. 9.605/98) rompeu com esta lógica, pois o art. 3º, Lei n. 9.605/98, prevê expressamente a possibilidade de responsabilização criminal da pessoa jurídica – *“as pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade”* (art. 3º, caput, da Lei n. 9.605/98) –, independentemente da sanção à pessoa física – *“responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, coautoras ou partícipes do mesmo fato”* (art. 3º, parágrafo único, da Lei n. 9.605/98).

Em relação aos critérios objetivos de imputação do delito ambiental, doutrina e jurisprudência estabeleceram como condição de responsabilização a demonstração de um vínculo entre a pessoa jurídica e as pessoas

físicas que efetivamente atuaram em seu nome, nos termos do art. 2º da Lei dos Crimes Ambientais²⁵. Assim, fundamental, para configuração do delito, uma conduta (ação ou omissão) concreta, de uma pessoa natural, de carne e osso, que dê causa ao resultado, nos termos do art. 13, *caput*, do Código Penal. Além disso, para imputação da pessoa jurídica, necessário o estabelecimento de um vínculo entre esta conduta humana e o interesse da pessoa jurídica no resultado lesivo, situação que pode ser representada nas modalidades do tipo subjetivo (*dolo* ou *negligência*).

No que diz respeito às sanções penais, a Lei n. 9.605/98 definiu um rol específico de penas aplicáveis ao ente jurídico. Embora as sanções em espécie tenham o mesmo *nomen juris* das penas não privativas de liberdade aplicáveis às pessoas físicas – multa, penas restritivas de direito e prestação de serviço à comunidade, nos termos do art. 21 da Lei n. 9.605/98 –, sua forma de execução foi adequada à natureza do ente abstrato (arts. 22, 23 e 24, da Lei n. 9.605/98)²⁶.

9.7.2. Apesar da inovação legislativa e da consolidação jurisprudencial em relação à possibilidade de responsabilização criminal das pessoas jurídicas, o tema segue gerando inúmeras controvérsias, sobretudo na dogmática penal.

As teses contrapostas à possibilidade de atribuição de responsabilidade criminal às pessoas jurídicas invariavelmente são colocadas a partir

²⁵ “Art. 2º Quem, de qualquer forma, concorre para a prática dos crimes previstos nesta Lei, incide nas penas a estes cominadas, na medida da sua culpabilidade, bem como o diretor, o administrador, o membro de conselho e de órgão técnico, o auditor, o gerente, o preposto ou mandatário de pessoa jurídica, que, sabendo da conduta criminosa de outrem, deixar de impedir a sua prática, quando podia agir para evitá-la” (art. 2º, Lei n. 9.605/98, grifou-se).

²⁶ “Art. 22. As penas restritivas de direitos da pessoa jurídica são: I – suspensão parcial ou total de atividades; II – interdição temporária de estabelecimento, obra ou atividade; III – proibição de contratar com o Poder Público, bem como dele obter subsídios, subvenções ou doações (...).”

Art. 23. A prestação de serviços à comunidade pela pessoa jurídica consistirá em: I – custeio de programas e de projetos ambientais; II – execução de obras de recuperação de áreas degradadas; III – manutenção de espaços públicos; IV – contribuições a entidades ambientais ou culturais públicas.

Art. 24. A pessoa jurídica constituída ou utilizada, preponderantemente, com o fim de permitir, facilitar ou ocultar a prática de crime definido nesta Lei terá decretada sua liquidação forçada, seu patrimônio será considerado instrumento do crime e como tal perdido em favor do Fundo Penitenciário Nacional” (Lei n. 9.605/98).

da natureza dos entes coletivos, notadamente pela discussão entre as teorias da ficção (Savigny) e da realidade (Gierke). O debate, pois, acaba restrito à oposição entre conceber a pessoa jurídica como uma criação artificial, uma abstração legal que permitiria apenas o exercício de direitos patrimoniais (teoria da ficção) ou em ver o ente coletivo como dotado de existência real, cuja vontade poderia ser equiparada àquela dos entes naturais (teoria da realidade).

Contudo, para além da assunção da teoria da ficção ou da teoria da realidade como fundamento da natureza jurídica das pessoas coletivas, os problemas em relação à atribuição de responsabilidade penal são derivados dos **limites estabelecidos pelo princípio da personalidade da pena** e, em decorrência, pelo *princípio da culpabilidade*.

Importante referir, preliminarmente, que não parecem sólidos os argumentos negativos à atribuição de responsabilidade penal às pessoas jurídicas exclusivamente em razão da sua impossibilidade de cumprir pena privativa de liberdade. O argumento é falho em razão de o texto constitucional, ao definir as espécies de pena, criar um rol meramente exemplificativo e aberto (art. 5º, XLVI). Conforme exposto, a Constituição é taxativa apenas em relação às penas proscritas, às sanções terminantemente vedadas (art. 5º, XLVII); não por outra razão a própria Lei n. 9.605/98 criou sanções razoavelmente adequadas aos entes abstratos.

As questões fundamentais a serem enfrentadas quando se discute a constitucionalidade da Lei n. 9.605/98 no ponto relativo à responsabilidade penal da pessoa jurídica são, portanto, de outra ordem, e podem ser expostas da seguinte forma: (1ª) se a pessoa jurídica é capaz de ação ou omissão para efetivação do resultado penalmente relevante (pressuposto objetivo da imputação); (2ª) se esta ação ou omissão pode ser qualificada pelos elementos subjetivos da tipicidade (condutas dolosas ou culposas); e (3ª) se ao ente coletivo é possível atribuir o qualificativo culpabilidade, fundamento da punibilidade, entendido em sua dupla dimensão: (a) na teoria do delito, se a pessoa jurídica preenche os requisitos da capacidade para a culpabilidade (potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de comportamento) e (b) na teoria da pena, se é possível realizar, na cominação da sanção penal ao ente coletivo, a graduação do nível de responsabilidade exigido pelo princípio da individualização.

Não obstante a análise da possibilidade de o ente coletivo cumprir os requisitos constitucionais de atribuição de responsabilidade moldados

pelos princípios da pessoalidade e da culpabilidade instrumentalizados pela dogmática do direito penal, importante ainda indagar se a Lei n. 9.605/98 estabeleceu critérios para processar e julgar criminalmente a pessoa jurídica de forma a permitir a plena observância do devido processo legal²⁷.

Desta forma, em face das exigências constitucionais em relação à atribuição da responsabilidade penal, somente a satisfação destes requisitos materiais e processuais criaria condições mínimas de possibilidade para que se exercesse a punição da pessoa jurídica em observância aos princípios constitucionais penais.

10 – PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS INSTRUMENTAIS DA DOGMÁTICA DA DETERMINAÇÃO DAS PENAS E DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA NO DIREITO BRASILEIRO: MOTIVAÇÃO E *NE BIS IN IDEM*

10.1. Fundamentação como Mecanismo de Controle da Aplicação da Pena

10.1.1. A possibilidade de aplicar e de executar uma pena requer não apenas a existência de uma lei penal criminalizadora, mas de procedimentos concretos previamente regulados para imputação do crime e para a constatação da responsabilidade penal.

A imputação de um delito, ou seja, a atribuição do cometimento de um fato ilícito a determinada pessoa, será realizada com exclusividade pelos titulares da ação penal. Por meio da *denúncia* ou da *queixa-crime*, o representante do Ministério Público (ação penal pública)¹ ou ofendido (vítima) ou seu representante legal (ação penal pública condicionada ou ação penal privada)² serão os sujeitos com capacidade de direcionar, em juízo, a responsabilidade penal a alguém e postular a sua condenação.

¹ “São funções institucionais do Ministério Público: I – promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei” (art. 129, Constituição).

² “Nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público, mas dependerá, quando a lei o exigir, de requisição do Ministro da Justiça, ou de representação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo” (art. 24, Código de Processo Penal).

“Será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal, cabendo ao Ministério Público aditar a queixa, repudiá-la e oferecer denúncia substitutiva, intervir em todos os termos do processo, fornecer elementos de prova, interpor recurso e, a todo tempo, no caso de negligência do querelante, retomar a ação como parte principal” (art. 29, Código de Processo Penal).

²⁷ Neste sentido, SCHECAIRA, *Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica por Dano Ambiental*, pp. 145-172.