ISSN Impresso 1809-3280 | ISSN Eletrônico 2177-1758
www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas

DIREITO E LIBERDADE

APLICAÇÃO CONSTITUCIONAL DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS

CONSTITUTIONAL APPLICATION OF THE COURT CIRCUMSTANCES

Rosivaldo Toscano dos Santos Júnior*

RESUMO: O presente trabalho discute a constitucionalidade ou não de cada uma das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, primeira fase da aplicação da pena. O senso comum dos juristas, incluindo boa parcela da doutrina e da jurisprudência, possui uma baixa compreensão da Constituição e, por isso, não a aplica, pelo que viola, indevidamente, Direitos Fundamentais reconhecidos em nossa Carta de 1988. É preciso interpretar o direito como um todo, tendo-se a Constituição no seu vértice superior e, por isso, sendo pressuposto para a validade e a eficácia das normas infraconstitucionais. Fazemos um juízo de constitucionalidade de cada uma das circunstâncias judiciais e concluímos pela não-recepção de algumas delas pela nossa Constituição.
Palavras-chave: Circunstâncias judiciais. Pós-positivismo. Filtragem constitucional.

ABSTRACT: The work discusses the constitutionality of each of the elements presented on article 59 of Brazilian Penal Code, which brings the first phase to establish punishments. Law professionals common sense, including most part of law doctrine and jurisprudence, have a low Constitution understanding and based on that don't apply it properly, violating fundamental rights brought by the Constitution itself. It's necessary to interpret the Law as a whole system which has the Constitution on its top and, therefore, representing the pattern to attest the legitimacy and effectiveness of the ordinary laws. By making a constitutionality analysis, it's concluded that some of the examined elements are not compatible to our Constitution.
Keywords: Judicial circumstances. Post-positivism. Constitutional filtering.

* Especialista em Direito Processual Penal pela Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte – ESMARN e Universidade Potiguar – UnP. Juiz de Direito no Rio Grande do Norte. Natal – Rio Grande do Norte – Brasil.

1 INTRODUÇÃO

Procuramos fazer uma reflexão sobre a práxis judiciária tradicional relativamente à fixação da pena-base, primeiro passo na aplicação da pena. As chamadas circunstâncias judiciais têm sido aceitas e aplicadas de maneira acrítica e, muitas vezes, sem o zelo constitucional exigível, causando graves e ilegítimas violações a Direitos Fundamentais. Focamo-nos, primeiramente, no que chamamos de senso comum dos juristas e, depois, fazemos a filtragem hermenêutico-constitucional das circunstâncias do art. 59 do Código Penal, propondo a validação (ou não) daquelas diante desta.

2 PENA-BASE: CONCEITO E ELEMENTOS

A pena-base, resultado da primeira etapa da dosimetria da pena, é o "ponto de partida" ou parâmetro para as fases posteriores de aplicação da sanção penal, como define José Antonio Paganella Boschi.[1]

É determinada com base na valoração pelo juiz das circunstâncias relacionadas no artigo 59 do Código Penal, em cada caso concreto. Por isso, são conhecidas como **"**circunstâncias judiciais**"**. E são elas: culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos do crime, circunstâncias do crime, consequências do crime e comportamento da vítima.

Antes de verificarmos se elas (ou algumas delas), após o advento da Constituição de 1988, compatibilizaram-se com a nova ordem, precisamos fazer uma excursão sobre a aplicação do Direito (e não da lei, como querem alguns), para podermos entender o porquê de o Poder Judiciário e seus agentes – guardiões da Constituição – não cumprirem seu papel.

3 A INTERPRETAÇÃO DO DIREITO: O SENSO COMUM DOS JURISTAS

A resposta à questão acima passa pelo chamado "senso comum teórico", que é o discurso que domina o imaginário dos juristas, de cunho

1 BOSCHI, Jose Antonio Paganella**. Das penas e seus critérios de aplicação**. 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 185.

acrítico e sem conteúdo investigativo. É esclarecedor o apontamento feito por Artur Stamford, quando diz que:

> O que nos interessa é que o exercício da atividade profissional produz conhecimentos tão ideológicos quanto os do senso comum leigo, pois a prática forense produz uma terminologia e uma forma de atuar própria do cotidiano profissional. Esse conhecimento não é um saber científico, principalmente por se preocuparem em justificar e não explicar a realidade de sua atividade profissional (Souto, 1987: 42). A este senso comum, Warat chama 'senso comum teórico dos juristas', distinguindo-o do saber científico, é que 'o saber jurídico que emana da necessidade de justificar a ordem jurídica, e não de explicá-la' (Warat, 1993: 103). O termo teoria empregado nesta expressão provoca uma confusão quanto ao sentido deste termo. A origem desta confusão está em tratar por teórico o conhecimento de senso comum de um cotidiano profissional. Para evitá-la basta considerar que teoria é resultado de especulações científicas, não se referindo às informações provenientes de um cotidiano profissional, por isso a expressão 'senso comum forense'. [2]

Inseridos que estão nesse palmilhar rotineiro, os nossos juristas (e seus imaginários) ainda estão enclausurados na hermenêutica clássica, mergulhada num dogmatismo ultrapassado – como refere Lênio Luiz Streck[3] –, surgindo daí pretensões interpretativas de encontrar "o espírito do legislador", "a vontade do legislador", "o espírito da lei", "a vontade da norma", "a intenção da lei". Trata-se de uma visão cega e amorfa do Direito, apegando-se à lei em si mesma, como se ela fosse a tábua de salvação da interpretação dos textos jurídicos.

Essa visão quer transformar a própria norma em um oráculo que responderá, por si só, "pessoalmente", à indagação interpretativa contida em um caso concreto. Esquecem que essa lei gravita em torno de um astro (a Constituição) e que, isoladamente, não representa mais do que um

2 STAMFORD, Artur. **E por falar em teoria jurídica, onde anda a cientificidade do direito?** Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=415>. Acesso em: 04 abr. 2006.

3 STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 40.

pequeno e insignificante corpo sem luz dentro da galáxia. E os princípios constitucionais constituem a luz que irradia e ilumina qualquer planeta que gira em torno desse sistema.

Mas o senso comum não enxerga isso. Pensa ser a Constituição apenas mais uma "lei", sem compreender sua força normativa e a supremacia hierárquica dentro do sistema. Não raras vezes o que o operador do direito faz é interpretar a Constituição de acordo com os códigos ou mesmo com as súmulas de tribunais superiores.

Isso se dá porque o Brasil, em sua história, não teve o costume, em razão dos diversos momentos em que se implantaram modelos ditatoriais, de fazer lume à Constituição no momento de interpretar/aplicar o direito. E aproveitamos para fazer uma reflexão: "a vida só pode ser compreendida olhando-se para trás, mas só pode ser vivida olhando-se para frente" (Kierkegaard). Na época da elaboração do texto do atual art. 59 do CP vivíamos uma ditadura militar, ainda em seus estertores (o Projeto de Lei data de 30 de junho de 1983).

Já se passaram vinte anos sobre o advento da Constituição Federal. Contudo, a mesma geração de juristas que hoje a (des) aplica, em sua boa parcela, nem cresceu nem foi educada sob o manto de um Estado Democrático de Direito.[4] Ademais, a sua formação acadêmica também foi conduzida, na sua ampla maioria, por docentes que não tiveram a oportunidade de dialogar e debater criticamente durante, pelo menos, vinte anos. Um exemplo dessa situação foi o AI-5, quiçá, nas palavras de Streck[5], o instrumento mais draconiano da história brasileira. Assim, não estavam acostumados, ou liberados, nos bancos de faculdade, a fazer juízos de constitucionalidade sobre os temas que eram explanados aos graduandos de então. E esse desapego à filtragem hermenêutico-constitucional gerou (e gera) graves problemas quando da aplicação do Direito pelos operadores do direito de hoje e, em especial, aos magistrados.

Desta forma, tornou-se costume o mero juízo de legalidade estrita dos fatos, sem consciência de que, antes de assim proceder, necessário se faz verificar a validade da norma interpretada. Vigência não é o mesmo que validade.

4 Segundo dados recentes de pesquisa feita pela Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB –, a idade média do magistrado em atividade é de 44,4 anos (vide: SADEK, Maria Tereza (org.). Pesquisa AMB. Disponível em: <http://www.amb.com.br/portal/docs/noticias/pesquisaamb2005.pdf>. Acesso em: 01.05.2006).

5 STRECK, 2004, p. 24.

Vigência é o aspecto formal do texto, sua inserção no ordenamento, depois de cumpridas as etapas procedimentais (formais) legislativas. Há, nesse caso, como apregoa Luigi Ferrajoli, a necessidade de um juízo substancial. A validade deve ser vista segundo um juízo hermenêutico-constitucional, isto é, a aferição do texto diante dos valores apregoados pela Carta Magna.[6] Enquanto o juízo de vigor o é de fato, o juízo de validade o é de valor. Nos regimes autoritários, não há essa distinção, aliás, sequer se dá essa indagação.

Quando da interpretação/aplicação do Direito a um caso concreto, cumpre ao Poder Judiciário, órgão diverso do qual emanou a lei vigente, analisar, à luz dos valores da Constituição, a perfectibilidade daquela em relação a esta, para, então, admitir-lhe válida para o caso posto em discussão.[7]

A Constituição, em um Estado Democrático de Direito, deve ser vista não somente como um sistema de valores a serem perseguidos pelo legislador ordinário, quando da feitura das leis, mas também como instrumento de transformação social, atuando sobre a realidade presente e sobre todas as normas vigentes. E a Carta Maior se coloca no vértice superior desse sistema jurídico, a que as normas abaixo deverão conformar-se quando da interpretação/aplicação do direito, e como assevera Javier Pérez Royo:

> En la propia lógica del ordenamiento jurídico y de la posición de la Constitución como punto de partida del mismo está ya implícita la posibilidad o, mejor dicho, la necesidad de que exista un mecanismo para expulsar del ordenamiento cualquier norma que esté en contradicción con la Constitución.[8]

Interessante destacar as lições de Eros Grau. Ele diferencia texto de norma, definindo aquele o produto do legislador, e esta o resultado do processo interpretativo. Salienta e adverte que o processo de interpretação e aplicação do direito não é um ato uno. Interpreta-se, ao aplicar-se o Direito. E, ao fazê-lo, se faz por um todo, entendendo que a norma (produto da interpretação) extraída do texto está inserida em todo um sistema. Não se pode interpretar, assim, em tiras. E conclui:

6 FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal.** Trad. de Fauzi Hassan Choukr e outros. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 290.

7 Op. cit., p. 701-702.

8 ROYO, Javier Pérez. **Curso de derecho constitucional**. 10. ed. rev. e atual. Barcelona: Marcial Pons, 2005, p. 150.

> A interpretação de qualquer texto de direito impõe ao intérprete, sempre, em qualquer circunstância, o caminhar pelo percurso que se projeta a partir dele – do texto – até a Constituição. Um texto de direito isolado, destacado, desprendido do sistema jurídico, não expressa significado algum.[9]

Contudo, persiste a dificuldade do senso comum teórico. E Dalmo de Abreu Dallari critica essa postura de confundir direito com lei:

> Ainda é comum ouvir-se um juiz afirmar, com orgulho vizinho da arrogância, que é 'escravo da lei'. E com isso fica em paz com sua consciência, como se tivesse atingido o cume da perfeição, e não assume a responsabilidade pelas injustiças e pelos conflitos humanos e sociais que muitas vezes decorrem de suas decisões. Com alguma consciência esse juiz perceberia a contradição de um juiz-escravo e saberia que um julgador só poderá ser justo se for independente. Um juiz não pode ser escravo de ninguém nem de nada, nem mesmo da lei. [10]

De modo que, ao interpretar o texto e extrair-lhe a norma, o intérprete já antecipa o sentido do que conhece da Constituição. O juiz se transmudou de, como disse Montesquieu, *la bouche de la loi* (a boca da lei) para *la bouche du droit*, a boca do Direito (Willis Santiago Guerra Filho).[11]

Arrematando, uma baixa compreensão do sentido da Constituição só pode levar à baixa aplicação. E está certo Lenio Streck quando diz que as condições para que o intérprete possa compreender um texto implicam – sempre e inexoravelmente – a existência de uma pré-compreensão (seus pré-juízos) da totalidade (que sua linguagem possibilita) do sistema jurídico-político-social.[12]

Além disso, o "senso comum teórico", que para nós melhor soaria como

9 GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 40.

10 DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 82.

11 GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Autopoiesis na Sociedade Contemporânea**. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1997, p. 37.

12 STRECK, Lenio Luiz. **Da Proibição de Excesso (Übermassverbot) à Proibição de Proteção Deficiente (Untermassverbot): de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais**. (Neo) Constitucionalismo: ontem, os códigos hoje, as constituições. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, n. 2, 2004, p. 245.

sendo senso comum da práxis jurídica[13], também peca por partir de uma premissa atemporal. É preciso compreender, entretanto, que o texto jurídico é elaborado em um determinado momento histórico, e sob o auspício de certa realidade jurídica, política, econômica e social. Daí que, durante o processo de interpretação/aplicação do direito, devem o intérprete e o destinatário da norma por excelência – que é o julgador –, entender essa inevitável relação.

4 FORÇA NORMATIVA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

A Constituição Federal foi prodigiosa ao determinar, no parágrafo primeiro do artigo 5º, o seguinte: "§ 1º. As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata". Portanto, em relação a esses princípios a aplicabilidade imediata e a eficácia plena assumem a condição de regra geral, obrigando-se o Poder Público a dar-lhes a interpretação que mais eficácia possa dar a tais princípios. Como assevera Ingo Wolfgang Sarlet, "a qualificação de determinados direitos como fundamentais decorre justamente de sua especial relevância na ordem constitucional, que assume uma dimensão simultaneamente material e formal".[14]

Os princípios constitucionais são a síntese dos valores mais relevantes da ordem jurídica. A Constituição é um sistema de normas, e não um mero amontoado de preceitos que se justapõem. Não há, assim, no seu nascedouro, desarmonia no sistema de um texto constitucional, sendo repelida, no Brasil, a declaração de inconstitucionalidade de normas constitucionais originárias.[15] Mas isso não quer dizer que não haja uma tensão entre eles. Ao contrário, isso é próprio e particular de um sistema dinâmico como o Direito, que está sempre em contínua compatibilização com a realidade. Assim, pode ocorrer normas infraconstitucionais se oporem ou entrarem em rota de colisão com princípios constitucionais de uma nova ordem.[16]

Antes de aferirmos as circunstâncias judiciais sobre uma ótica constitucional, cabe trazer à baila a reflexão de José Eduardo Faria sobre o Poder

13 STAMFORD, 2006.

14 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4.ed. rev. atual. e ampl. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2004, p. 265.

15 Tese discutida por BACHOFF, Otto. **Normas constitucionais inconstitucionais?** Trad. José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 1994.

16 GRAU, 2003, p. 48.

Judiciário, em seu *habitus*, que peca por não entender que está inserido em uma realidade social e que o apego ao formalismo o burocratiza e retira-lhe a força de reflexão e transformação da sociedade.[17]

Façamos, agora, uma análise individualizada de cada uma das circunstâncias judiciais pelo prisma constitucional.

5 FILTRAGEM HERMENÊUTICO-CONSTITUCIONAL DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS

5.1 CULPABILIDADE

Infelizmente, uma boa parte da doutrina e da jurisprudência pátrias não compreendeu – imersa que está no senso comum da prática judiciária – a real dimensão do conceito de culpabilidade no art. 59 do CP. É comum encontrarmos uma elementar de crime sendo utilizada como circunstância judicial, tal como em um caso em que era julgado um policial militar por peculato, oportunidade em que a magistrada assim fundamentou a culpabilidade: "alto grau de reprovabilidade do agente, uma vez que era servidor público e deveria custodiar os bens que pertencem à corporação" – como se pudesse um particular praticar, como autor único, esse crime próprio.

Também é usual, na averiguação dessa circunstância judicial, justificação e não fundamentação, pois esta não é simples utilização de expressões e chavões como "alto grau de censurabilidade", "culpabilidade exacerbada" ou "culpabilidade intensa do réu". É um juízo racional que tenha o condão de explicar, sob a ótica de nosso ordenamento jurídico, o entendimento exposto pelo julgador. Em caso contrário, desrespeita-se o comando do art. 93, IX, da CF/88.[18]

O mais grave, entretanto, é vermos em sentenças judiciais chavões como "culpabilidade intensa do réu", imaginando que a gradação da censurabilidade recai sobre a pessoa do acusado, em patente adesão ao direito penal do autor, e não do fato.

17 FARIA, José Eduardo. **O Poder Judiciário no Brasil. Paradoxos, desafios, alternativas**. Brasília: Conselho da Justiça federal, 1995, p.14 e 15.

18 "IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;"

Para nós, é a culpabilidade o núcleo das circunstâncias que compõem a pena-base. É a primeira e mais importante circunstância. Isto, porque representa a aplicação, na íntegra, do princípio da proporcionalidade entre a prática do fato e a pena, desconsiderados fatores intrínsecos à pessoa do agente. Como bem alerta Amilton Bueno de Carvalho, "a interioridade da pessoa não deve interessar ao Direito Penal mais do que para deduzir o grau de culpabilidade de suas ações".[19] Exemplificando, em um atentado violento ao pudor é mais reprovável a conduta de quem pratica sodomia do que a daquele que somente toca a genitália da vítima. Da mesma forma, num roubo majorado pelo emprego de arma, é mais reprovável o comportamento do acusado que subtrai todos os bens de uma residência do que aquele que somente furta um televisor.

A doutrina estrangeira rechaça essa prática inconstitucional de misturar ação e pessoa na hora de punir. Diz Francisco Munõz Conde que isso:

> No sólo se confunde la naturaleza con el posible fundamento de la circunstancia sino que se acepta indirectamente la agravación de la pena en atención a la forma de ser del sujeto, lo que resulta propio de la rechazable culpabilidad por el carácter y, por tanto, contrario a las exigencias de la culpabilidad por el hecho.[20]

Assim, então o que uma parcela considerável dos operadores do direito ainda não percebeu é que a culpabilidade possui dupla faceta. Uma, antropológica, que constitui elemento do crime. Outra, fática, que constitui a pena. A primeira faceta da culpabilidade é elemento do crime que diz respeito à reprovação ou não do agente, isto é, se ele tem o discernimento e o modo de se determinar conforme esse discernimento. Na segunda, mensura-se a reprovação do fato praticado pelo agente, com base na intensidade da violação do bem jurídico. No mesmo sentido, Alexandre Morais da Rosa ensina que:

19 CARVALHO, Amilton Bueno de. **Aplicação da pena e Garantismo**. 3. ed., ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 46.

20 CONDE, Francisco Munõz; ARÁN, Mercedes Garcia. **Derecho Penal:** parte general. 6. ed. rev. e ampl. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 478.

> Somente isso pode ser perquirido, resultando que a *culpabilidade* em face da conduta deve se circunscrever à possibilidade de agir de modo diverso, conforme a norma, mas não de forma a aumentar a pena base. É que a culpabilidade é condição para imposição de sanção, caso contrário há exculpante, constituindo-se, pois, em *bis in idem* a sua sobreposição na configuração do tipo e na aplicação da pena. Por isso, é ilegal a majoração da pena base diante da culpabilidade com o adjetivo que quiser, retoricamente, dar-se: exasperada forte, acima da média [...] [21]

E mais à frente, arremata que a apenação deveria ser graduada em face da conduta e não do agente. Mas "no momento da sentença penal condenatória, o sistema revela toda sua perversidade ao admitir o emprego de elementos essencialmente morais, desprovidos de significado com averiguação probatória." [22]

Portanto, o constitucionalmente aceitável, na fase de aplicação da pena, vencida que foi a da imputação do agente, é constatar a justa medida da pena, examinando apenas o grau de censura merecido em face da conduta realizada, e não da pessoa que é o acusado.

5.2 ANTECEDENTES

Embora pela ótica tradicional seu conceito seja de simples compreensão, muito se discutiu sobre o que realmente configuraria maus antecedentes, de modo a abranger ou não inquéritos policiais em andamento ou já arquivados, processos em andamento ou com condenação não transitada em julgado ou condenações cuja expiração já se deu há mais de cinco anos. O STF, em julgados recentes, tem interpretado com largueza essa definição, de forma a considerar antecedentes desabonadores a simples instauração de inquéritos policiais contra o sentenciando.[23]

21 ROSA, Alexandre Morais da**. Decisão Penal**: A Bricolage de Significantes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 344.

22 Op. cit., p. 344

23 Inquéritos policiais e ações penais em andamento configuram, desde que devidamente fundamentados, maus antecedentes para efeito da fixação da pena-base, sem que, com isso, reste ofendido o princípio da presunção de não-culpabilidade. (AI-AgR 604041 / RS, Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Julgamento: 03/08/2007. Órgão Julgador: Primeira Turma. Publicação: DJ de 31.08.2007, p. 30).

Cabem-nos, assim, algumas reflexões acerca do assunto, sob a ótica constitucional. Entendemos que vários princípios constitucionais estão sendo feridos com a prática de aplicar os antecedentes como critério para quantificação da pena-base. São eles: a) Princípio do Devido Processo Legal; b) Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa; c) Princípio da Dignidade da Pessoa Humana; d) Princípio da Presunção de Inocência; e) Princípio da Legalidade e da Anterioridade Penais e; f) Princípio da Razoabilidade.

Com a Carta Maior de 1988, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana foi erigido a um dos Fundamentos da nossa República (art. 1º, III). Por outro lado, diz o art. 5º, LIV, que "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal". O acusado não pode ter sua pena agravada nos autos de um processo tão somente em razão de responder a outro processo. Responder a outro processo não é crime. Não pode ser prejudicado (e prejulgado) por não ter havido julgamento numa outra relação processual (e com a possibilidade de absolvição, inclusive).

E diz mais a Constituição Federal no mesmo art. 5º: "LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes". Como pode o acusado defender-se nos autos de um processo em que a pena vai ser aumentada em razão de um fato ocorrido em outro processo? Estamos, assim, ferindo não somente o devido processo legal, mas também o principio secular do Direito Penal do Fato. Não estaríamos, no caso de reconhecimento dessa circunstância judicial, com o consequente aumento da pena-base, punindo alguém pelo que é (responder a vários processos), e não pelo que fez (praticou vários ilícitos em cada processo, isoladamente)?

Fazendo outra reflexão, mesmo em caso de condenação, não estaríamos punindo duplamente alguém por um mesmo fato (neste e no outro eventual processo penal)? Acreditamos que sim, e isso fere o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, insculpido como fundamento de nossa República (art. 1º, III, da CF/88).

Se não há pena sem reconhecimento de culpa, há que ler atentamente o que diz outro inciso do art. 5º, o LVII, que determina que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;". Se estamos aqui tornando a pena-base mais alta, somente por

reconhecer que o acusado responde a, por exemplo, um inquérito policial, estamos antecipando uma pena; pois, seja mesmo um dia a mais de pena, é um suplício a ser imposto, indevidamente, diga-se de passagem. Assim, essa circunstância, se adotada para influir na pena do réu, fere a nossa Constituição. E uma norma que fere a Constituição não é válida.

Talvez não nos demos conta desse fato em razão de vivermos em um país com um paradigma de tanto desrespeito aos desafortunados. Mas temos que respeitar a dignidade da pessoa humana, tratar o indivíduo como ser humano que é, mesmo que tenha cometido violações à lei. O Estado não pode ser mais perverso que o pervertido. Deixemos ao largo os moralismos tão em voga na atualidade, e que rotulam as pessoas como "bandido", "marginal" ou "monstro", reconhecendo que, aqui, estamos julgando um igual, e por um fato específico, sob pena de duplamente avaliarmos um mesmo comportamento.

Se diz a CF/88, em seu art. 5º, XXXIX, que "não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal", é inegável que, ainda que indiretamente, o reconhecimento dessa circunstância significa acréscimos à pena-base, isto é, aplicar uma pena maior. E essa fração de acréscimo é relevante, pois tem a mesma natureza jurídica da sanção a ser aplicada. O leitor deve concordar que se estará aplicando uma fração de sanção, que sanção também o é, sem que o fato seja típico, ilícito e culpável, pois não é crime responder a outros inquéritos ou mesmo a processos. Volta-se, assim, ao velho e ultrapassado direito penal do autor, e não do fato.

Ainda sobre a reincidência e antecedentes, Jose Antonio Paganella Boschi, ao abordar seus efeitos, ressalta o tratamento diferenciado dado a essas circunstâncias, e faz uma crítica:

> Os efeitos negativos dos antecedentes, ao contrário da reincidência, não estão limitados temporalmente em lei (art. 64 do CP), 'sendo possível a consideração como maus antecedentes de condenação cuja pena foi cumprida há mais de cinco anos, pois a prescrição qüinqüenal apenas se dá para a reincidência (art. 64, I, CP)'. (...) Carece sentido que o tempo faça desaparecer a reincidência e não tenha a mesma força para fazer desaparecer os efeitos de causa legal de menor expressão jurídica, no caso, os antecedentes.[24]

24 BOSCHI, 2006, p. 203.

Demonstra-se o ferimento do Princípio Constitucional da Razoabilidade, nesta hipótese.

Ademais, se a Constituição Federal veda a existência de penas de caráter perpétuo, que é o mais, não pode permitir que os chamados "maus antecedentes", uma mera circunstância judicial, o sejam.[25] *Ubi aedem ratio, ibi aedem jus* (à mesma razão, aplique-se o mesmo direito). Pensar e agir de maneira contrária seria (e continua sendo, para alguns) institucionalizar a estigmatização do indivíduo.

5.3 CONDUTA SOCIAL

A conduta social, que antes da reforma penal de 1984 estava compreendida entre os antecedentes, corresponde ao comportamento do agente perante sua família, amigos, colegas de trabalho e a comunidade em geral. Pode ser analisada, segundo o senso comum dos juristas, por meio das afirmações do próprio acusado durante o interrogatório, declarações públicas ou particulares, atestados, abaixo-assinados e depoimentos das testemunhas, especialmente as denominadas "abonatórias", que são as arroladas pela defesa, mais por conhecer o réu do que os fatos a serem apurados.

Aceita-se, assim, uma tipicidade material, sem exigência de tipo formal. Nada de princípios da legalidade e da anterioridade. Isso é muito, mas muito perigoso. Que o digam os regimes nazista e stalinista.

Acerta Zaffaroni quando alerta sobre o seguinte:

> O sujeito de maus hábitos os terá adquirido por freqüentar tabernas e prostíbulos; esta conduta é claramente atípica, mas quando a ele se reprova sua 'condução de vida', que desemboca num homicídio, estaremos reprovando sua conduta anterior de freqüentar tabernas e prostíbulos, isto é, a reprovação da conduta de vida é a reprovação de condutas anteriores atípicas, que o juiz considera contrárias à ética (quando na realidade podem ser contrárias apenas a seus próprios valores subjetivos). A culpabilidade pela conduta de vida é o mais claro expediente para burlar a vigência absoluta do princípio da reserva legal e estender a culpabilidade em função de uma 'actio inmoral in causa', por

25 Art. 5º da Constituição Federal: ""XLVII - não haverá penas: (...) b) de caráter perpétuo;

> meio da qual se pode chegar a reprovar os atos mais íntimos do indivíduo. Poucos conceitos podem ser mais destrutivos para uma sã concepção do direito penal [26]

Por isso, entendemos que essa circunstância é inconstitucional, uma vez que fere os princípios constitucionais da Dignidade da Pessoa Humana, da Anterioridade e da Legalidade, além do Princípio da Secularização.[27] Não se pode julgar alguém pelo que ele é, mas sim, pelo que fez ou deixou de fazer.[28]

Há um princípio que rege essa questão. Trata-se do princípio da responsabilidade pelo fato, que determina que não se pode: a) exigir responsabilização penal de alguém que não seja por causa de condutas concretas, delimitadas espacial e temporalmente; b) valorar alguém pelas suas atitudes existenciais, por mais que sejam desrespeitosas à convivência social externa. Conforme o ensinamento de José Luis Díez Ripollés, "a pretensão de que os cidadãos renunciem desde o princípio a adotar determinadas condutas de vida, devendo responder penalmente em caso contrário, assenta as bases de uma sociedade totalitária." [29]

Aponta Luciano Feldens que:

> Em um Estado laico (secularizado), fundado na soberania popular, o direito penal não tem como missão 'aperfeiçoar' moralmente os cidadãos. Sob os auspícios do Estado social e Democrático de Direito, comportamento criminoso não se confunde com comportamento pecaminoso. [30]

26 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 7. ed. rev. e atual. p. 524.

27 "2. Fenômeno histórico dos últimos séculos, pelo qual as crenças e instituições religiosas se converteram em doutrinas filosóficas e instituições leigas.". Vide FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa**. 3. ed. rev. e atual. Curitiba: Positivo, 2004, p. 1818.

28 Em notório julgamento, o Tribunal Constitucional Espanhol entendeu que "no es constitucionalmente legítimo un derecho penal de autor que determinara las penas en atención a la personalidad del reo y no según la culpabilidad de éste en la comisión de los hechos." (vide BACIGALUPO, Enrique. **Justicia penal y derechos fundamentales**. Madri: Marcial Pons, 2002, p. 112).

29 RIPOLLÉS, José Luis Díez. **A racionalidade das leis penais: teoria e prática.** Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 157-158.

30 FELDENS, Luciano. **A Constituição penal: a dupla face do princípio da proporcionalidade no controle das normas penais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 49.

Observe-se que há, na prática, não obstante a alardeada adesão ao direito penal do fato, uma real aplicação do direito penal do autor. E cabe importante pontuação. À época em que foi redigido art. 59 do CP, estávamos sob o pálio da carta de 1967, que assim dizia sobre o princípio da isonomia:

> Art. 153. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) § 1º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas. Será punido pela lei o preconceito de raça.

A Carta de 1988, posterior à lei que deu a atual redação do art. 59 (7.209/84), assim determinou:

> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)

Observe-se a inclusão da expressão "sem distinção de qualquer natureza". Trata-se de um reflexo do Estado Democrático de Direito no princípio da isonomia. Democracia não é o governo da maioria. Isso é totalitarismo. Democracia é o governo da maioria que respeita os direitos das minorias. Isto significa tolerância. E tolerância quer dizer divergir, mas com respeito às opiniões e opções dos outros. É não querer impor a sua moral, que é sempre pessoal.

Sob a mesma ótica, mas tendo como pano de fundo a Constituição espanhola, aponta Santiago Mir Puig:

> Hay que resaltar la necesidad de que la medición de la pena respete un principio constitucional básico: el principio de la igualdad. Este principio ha de impedir tanto que por (frecuencia de delitos, alarma social) se esgrima la prevención general para elevar la pena de algún o algunos individuos más que la de otros, como que la prevención especial se administre desigualmente.[31]

31 PUIG, Santiago Mir**. Derecho pena**: parte general. 7. ed. Barcelona: Editorial Reppertor, 2006, p. 728.

Se o sentenciando é um chato, um mau vizinho, uma pessoa promíscua, mal-educada, grosseira, egoísta, de comportamento social reprovável no âmbito moral, não constitui crime, é alheio à esfera penal. E, assim, não podemos levar isso em consideração na aplicação da sanção penal, pois estaríamos criando pena sem crime, graduando a pena-base negativamente em razão dessa questão. E determina a Constituição Federal que "II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei."

A consideração da conduta social possui, como visto acima, forte conteúdo moralista, na acepção pejorativa do termo, mesmo. São comuns considerações sobre, por exemplo, ingestão exagerada de álcool ("o acusado vive embriagado"), sem levar em conta que o alcoolismo é, segundo a Organização Mundial da Saúde, uma doença. Diz Fábio de Assis Ferreira Fernandes que "o alcoolismo é doença reconhecida formalmente pela Organização Mundial de Saúde (OMS). É uma enfermidade progressiva, incurável e fatal, que consta no Código Internacional de Doenças (CID)." [32]

Constatado que se trata de uma doença, estaríamos punindo o indivíduo por uma autolesão. Trata-se de um problema social e médico, e não jurídico. Igual fundamento se dá na chamada contravenção penal de embriaguez, quando causa perigo à segurança própria, de discutível constitucionalidade, aliás, uma vez que tem um conteúdo de polícia moral, típico da época ditatorial em que foi outorgado.[33] A autolesão não pode, salvo quando causar risco a terceiros, ser punida.

Da mesma forma, considerações sobre a adesão do indivíduo a qualquer agremiação religiosa também não pode ser levada em consideração, nem mesmo que favoravelmente, com o fim de incutir nos outros o desejo de que

32 Afirma, ainda, que "A OMS define alcoolismo como sendo o estado psíquico e também geralmente físico, resultante da ingestão do álcool, caracterizado por reações de comportamento que sempre incluem uma compulsão para ingerir álcool de modo contínuo e periódico, a fim de experimentar seus efeitos psíquicos e por vezes evitar o desconforto de sua falta. (...) A síndrome de dependência, segundo a Classificação Internacional de Doenças, CID-10 (Classificação de Transtornos Mentais e de Comportamento da CID-10), é descrita por um conjunto de fenômenos fisiológicos, comportamentais e cognitivos, no qual o uso de uma substância ou uma classe de substâncias alcança uma prioridade muito maior para um determinado indivíduo que outros comportamentos que antes tinham valor". Vide FERNANDES, Fábio de Assis Ferreira. A discriminação na dispensa por justa causa do empregado portador da doença do alcoolismo e o ministério público do trabalho. Disponível em <http://www.prt13.mpt.gov.br/pubrevista/pubrevistaprt13ivolume.pdf>, p. 45. Acesso em: 18 nov. 2007.

33 A chamada Lei das Contravenções Penais é, na verdade, é um Decreto-Lei (nº 3.688, de 3 de outubro de 1941) outorgado durante a ditadura de Getúlio Vargas.

tenham uma religião, pois o Estado é laico. Com muito mais razão é inconstitucional a fundamentação que desabone o acusado pelo fato de se declarar ateu ou não possuir religião. Fundamentar, negativamente, essa circunstância por ser o sentenciando um mau vizinho, gostar de farras, ter relações extraconjugais, não possuir profissão definida ou estar desempregado, têm sido verdadeiras "pérolas" colhidas em sentenças criminais, todas de conteúdo patentemente de direito penal do autor, e não do fato e, por isso, inconstitucionais.

5.4 PERSONALIDADE DO AGENTE

Nessa circunstância, analisam-se o caráter do agente, o temperamento, as atitudes, enfim, os atributos psíquicos do sentenciando.

Contudo, trata-se de uma circunstância que foge ao conhecimento jurídico. Com efeito, reconhece ALBERTO SILVA FRANCO que "não se trata, como é evidente, de um conceito jurídico, mas sim de matéria explorada em outros campos do saber e, em especial, psicologia, na psiquiatria e na antropologia".[34]

Ademais, o pouco (quando foi ele quem instruiu o feito) ou nenhum contato do juiz com o réu para a realização da avaliação desses aspectos e a dificuldade em se proceder numa correta valoração, chama a atenção de RICARDO AUGUSTO SCHIMITT, que faz ainda a seguinte observação:

> Trata-se de circunstância afeta muito mais aos ramos da psicologia, da psiquiatria, da biologia, do que à ciência do direito, uma vez que se deve mergulhar no interior do agente e buscar se avaliar sua maneira de ser, de agir, de viver, de se apresentar ao mundo exterior.[35]

Ademais, é preciso salientar que os traços característicos da personalidade de alguém não são estáticos, e que podem mudar de acordo com as circunstâncias vivenciadas pelo indivíduo, o que torna ainda mais dificultoso o ajuste da pena a ser imposta ao réu pelo magistrado.

Em razão disso, o mesmo autor defende a impossibilidade de tal tare-

34 FRANCO, Alberto Silva **et. al. Código penal e sua interpretação jurisprudencial**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. v. 1, t. 1, p. 898.

35 SCHMITT, Ricardo Augusto. **Sentença penal condenatória:** aspectos práticos e teóricos à elaboração. 2. ed. ampl. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2007, p. 68.

fa ser atribuída exclusivamente ao Magistrado, mas sim embasada em laudo psicossocial elaborado por pessoa habilitada tecnicamente.[36]

E acrescenta Boschi:

> Admitir que a pena ou sua maior intensificação tem por finalidade alcançar a compulsória modificação do condenado, mesmo daquele que apresenta déficit de personalidade, significa reconhecer, em ultima análise, que o Estado é titular do poder totalitário de mudar os outros, anulando o direito de todos à diferença. [37]

Concluindo, como bem acentua Zaffaroni:

> Um direito que reconheça, mas que também respeite a autonomia moral da pessoa, jamais pode penalizar o 'ser' de uma pessoa, mas somente o seu agir, já que o direito é uma ordem reguladora de conduta humana. Não se pode penalizar um homem por ser como escolheu ser, sem que isso violente sua esfera de autodeterminação.[38]

5.5 MOTIVOS, CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME, CONSEQUÊNCIAS DO CRIME E O COMPORTAMENTO DA VÍTIMA

Só devem ser valorados, como circunstâncias judiciais, os motivos que vão além dos já pré-definidos no próprio tipo penal, não previstos como circunstâncias atenuantes ou agravantes ou ainda como causas de diminuição ou de aumento de pena, de modo a evitar *bis in idem*.

A ausência de motivos, por sua vez, não quer dizer motivo fútil, pois este se caracteriza pela desproporção entre o que motivou o agente e a conduta por ele praticada. Portanto, não havendo elementos para atestar o que motivou o crime, presume-se favorável.

As circunstâncias do crime são, na verdade, as particularidades do fato criminoso, que, embora não componham o delito, influenciam-lhe na gravidade e,

36 Op. cit., p. 68-69.
37 BOSCHI, 2006. p. 211.
38 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro:** parte geral. 7. ed. rev. e atual. p. 107.

consequentemente, na qualidade e quantidade de pena a ser aplicada. Importante evitar dupla avaliação de qualquer circunstância, favorável ou não ao acusado.

Nas consequências do crime, é verificada a alteridade do dano, isto é, qual a repercussão sob uma tríade que o crime causou: a) patrimonial; b) física e c) psíquica. Contudo, sem extremos. Mantendo-se um critério razoável. É natural, por exemplo, que num crime de roubo com emprego de arma a vítima tenha ficado com medo. Porém, foge à razoabilidade entender como favorável essa circunstância quando o ofendido é obrigado a submeter-se a um tratamento psicológico em razão do trauma sofrido. Da mesma forma, num outro crime contra o patrimônio, havendo a devolução de bens subtraídos, de forma a recompor a maior parte do prejuízo patrimonial sofrido, deve ser favorável tal circunstância. Em caso contrário, não pode ser valorada desfavoravelmente, já que a subtração já integra o tipo. Mas se poderia valorar se aquela coisa, por exemplo, era um instrumento de trabalho e que, por isso, a vítima sofreu um prejuízo maior que o valor do bem em si. Já uma cicatriz numa modelo, por exemplo, afeta-lhe a vida profissional, diferentemente de um trabalhador de outra área que não a artística. Mais uma vez é imprescindível ter a cautela necessária visando a evitar o *bis in idem*, ou dupla apenação por um mesmo fato.

O comportamento da vítima deve ser observado antes e durante o fato criminoso, a fim de que se saiba se ela assumiu ou não uma postura apta a criar uma situação propícia ou a incitar o agente a cometer o delito. Contudo, não se deve colocar a vítima no banco dos réus sob uma ótica moralista, igualmente ao acusado, pois o que conta é o comportamento dela naquela situação. Julga-se e condena-se o acusado pelo fato que praticou, e não pelos seus qualificativos pessoais e morais. Mesma regra se aplica ao ofendido.

6 AUSÊNCIA DE DADOS PARA AFERIR AS CIRCUNSTÂNCIAS: RECONHECIMENTO DA INCONSTITUCIONALIDADE

Corolário do princípio acusatório, o ônus de provar o alegado em relação ao fato principal e às suas circunstâncias compete a quem acusa, isto é, o conteúdo de direito material existente nos autos. Assim, na dúvida quanto ao cometimento ou não do crime, o juiz deve absolver o réu. Esse mesmo ônus se aplica aos demais institutos, que, muito embora não constituam infração

penal, influem no julgamento ou na quantificação da pena em sua aplicação. No primeiro caso, falamos de in *dubio pro reo*. No segundo, *favor rei*.

Assim, não existindo nos autos elementos suficientes para que o julgador possa avaliar uma circunstância judicial, presume-se favorável. Isto porque a Constituição de 1988, ápice de nossa pirâmide normativa, adotou o princípio acusatório como paradigma de sistema penal.[39]

De modo diverso se deve agir em caso de reconhecimento da incompatibilidade de qualquer das circunstâncias judiciais com a Constituição Federal de 1988. Em razão do Princípio da Supremacia da Constituição, que impõe ser o ordenamento jurídico uma pirâmide, estando a Carta maior em seu vértice, todas as demais normas buscam, nela, sua validade. Contudo, não obstante inaugure um novo ordenamento, o advento de uma Carta, como a nossa de 1988, não pode alhear-se à necessidade de existência de normas pré-estabelecidas, sob pena de criar-se um caos jurídico, até que toda a legislação infraconstitucional seja elaborada e entre em vigor. Assim, tem-se por recepcionadas as normas anteriores que lhe são compatíveis (fenômeno da recepção), e revogadas as que conflitem com os ditames constitucionais. No caso ora tratado, a lei que deu a atual redação do art. 59 do CP é anterior à Carta Política vigente. Portanto, não se trata de declarar a inconstitucionalidade, e sim sua não recepção.[40] E o que está revogado não produz efeitos. Neste caso, sequer podem ser presumidas favoráveis. Simplesmente deixam de servir como critério para fixação da pena-base.

7 CONCLUSÃO

Como ficou visto acima, a dogmática penal e a política criminal não se podem desenvolver divorciadas da Constituição, que delimita o campo de

39 Em vários dispositivos da Constituição podemos constatar a adoção do Sistema Acusatório: proibição da ação penal *ex-officio* (art. 129, I), garantia do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV), bem como a presunção de não culpabilidade (art. 5ºLVII) e o respeito ao juiz natural (art. 5º, XXXVII).

40 Em relação ao fenômeno da adequação das normas infraconstitucionais anteriores à Constituição de 1988, nossas Cartas de 1891 e 1934 trouxeram dispositivos específicos sobre isso. Não obstante a Carta de 1988 tivesse silenciado quanto às normas preexistentes, nossa história constitucional sempre foi pelo instituto da recepção ou revogação e não do reconhecimento da inconstitucionalidade. Em célebre dissídio levantado em 1992 entre os Ministros Sepúlveda Pertence, partidário da tese da inconstitucionalidade, e Paulo Brossard, que entendia pela revogação, o Supremo Tribunal Federal decidiu manter o histórico entendimento. Vide: ADin 438-DF. Relator: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE. Julgamento: 07/02/1992. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJ 27.03.199, p. 3800.

atuação de toda a legislação inferior, incluindo o direito penal. Em um Estado Democrático de Direito, os direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata e cogente, invalidando qualquer norma que lhe seja incompatível.[41]

Importante alerta faz Enrique Bacigalupo, para quem:

> La pena debe excluir como objeto del mismo las referencias a la conducta anterior al hecho (sobre todo las penas sufridas), a la peligrosidad, al carácter del autor, así como a la conducta posterior al hecho (que sólo puede compensar la culpabilidad del momento de la ejecución del delito).[42]

Precisamos reavaliar a forma com que a doutrina tradicional e os operadores jurídicos tratam o Direito Penal e, em especial, a aplicação das circunstâncias judiciais. A ótica do direito penal do fato precisa, em um Estado que se diz Democrático de Direito, imperar.

A norma jurídica é condicionada pela realidade histórica em que foi construída, e a pretensão de sua eficácia única, pode ser realizada se isto for levado em consideração. Assim, perde força normativa o texto que entra em conflito com a realidade. Mas o direito, não. Ele é vivo. Não envelhece nem permanece jovem. Ele é contemporâneo à realidade. O direito é um dinamismo, no dizer de Grau[43].

Assim, visando a fazer uma releitura da expressão "culpabilidade" do art. 59 do CP, nos dias atuais, observada a possibilidade de vários sentidos atribuídos ao texto, é cabível a utilização da técnica de interpretação conforme a constituição. E com mestria Canotilho ensina que:

> No caso de polissemia de sentidos de um acto normativo, a norma não deve considerar-se inconstitucional enquanto puder ser interpretada de acordo com a constituição. A interpretação das leis em conformidade com a Constituição é um meio de o TC (e os outros tribunais) neutralizar violações constitucionais, escolhendo a alternativa interpretativa conducente a um juízo de compatibilidade do acto normativo com a Constituição.[44]

41 FELDENS, 2005, p. 43.
42 BACIGALUPO, 2002, p. 117.
43 GRAU, 2003, p. 55.
44 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 958.

Assim, filtrando-se o art. 59 do CP à luz do Princípio Constitucional da Secularização, que se subsume da própria concepção e evolução histórica do Estado Democrático de Direito, fundando-se no § 2º do art. 5º da CF/88, a interpretação a que se chega é a de que *culpabilidade* significa avaliação da justa medida da pena, examinado apenas o grau de censura merecido em face da conduta realizada, e não da pessoa que é o acusado.

Já os *antecedentes criminais* não se coadunam com os princípios do Devido Processo Legal, do Contraditório e da Ampla Defesa, da Dignidade da Pessoa Humana, Presunção de Inocência, da Legalidade e da Razoabilidade, e constituem, dentro de um direito penal filtrado constitucionalmente, um *bis in idem* indevido e incompatível com a Carta de 1988. Que o agente responda por cada processo, individualmente, pois não é crime ser réu em várias ações penais, e nem se pode aumentar o *quantum* da pena simplesmente por isso, sob pena de retroagirmos historicamente ao Estado-Polícia. Assim, a expressão "antecedentes" do art. 59 do CP não foi recepcionada pela Carta de 1988, estando revogada.

A *conduta social*, igualmente, conflita com os princípios constitucionais da Dignidade da Pessoa Humana, da Anterioridade e da Legalidade, além do Princípio da Secularização. Um direito penal focado no respeito aos direitos humanos não pode subverter a ordem constitucional e fazer tábula rasa de princípios constitucionais. O princípio da secularização, típico dos estados contemporâneos, exige que se possibilitem as opções individuais, com tolerância e respeito. Não se pode querer impor a própria moral através de juízos de pessoais.

Por fim, a avaliação da *personalidade* do agente pelo juiz, que não é profissional gabaritado para tanto, e muito menos a autoridade policial, é temerária e também fere os Princípios Constitucionais da Secularização, da Legalidade e da Dignidade da Pessoa Humana. O juízo de condenação, ainda que somente para graduar a maior a pena-base do acusado, necessita ser de certeza, e para se chegar a uma certeza sobre uma questão tão complexa como é a personalidade humana, um mero exame dos autos de um processo não é capaz, sob a égide de um Estado que respeita a dignidade do ser humano, de fornecer elementos suficientes. Ter uma personalidade é condição inata do ser humano acusado, e não do seu agir. Ninguém pode ser punido pelo que é, mas sim pelo que faz. Ferem-se, desta forma, ao reconhecer como elemento de convicção a personalidade, os Princípios Constitucionais da Dignidade da Pessoa Humana e da Razoabilidade, e, por isso, tal princípio não

foi recepcionado, da mesma forma, pela Carta Política de 1988.

Se todo fato típico tem *motivos*, que sejam avaliados sob a ótica das circunstâncias judiciais, somente os que não disserem respeito à essência do tipo penal, sob pena de *bis in idem*, e que sejam relevantes para efeito da apuração da realidade fática em que ocorreu a infração, podendo incorrer em violação do Princípio Constitucional da Razoabilidade.

Para a avaliação das *circunstâncias* do crime, faz-se necessário um juízo de proporcionalidade e de razoabilidade, só podendo ser consideradas como tais as que tenham o condão de influenciar na gravidade do fato e, consequentemente, na qualidade e quantidade de pena a ser aplicada.

As *consequências do crime* necessitam de igual relevância e de um juízo apurado de razoabilidade, afastando-se de sua apreciação os efeitos naturais da própria infração, sob pena de *bis in idem*.

O *comportamento da vitima* é importante, mas juízos morais sobre sua conduta são inadmissíveis em um Estado Laico. Somente a relevância da conduta da mesma pode ser considerada e, da mesma forma que se veda o direito penal do autor, assim exige-se um juízo afastado de conteúdos de censura sobre o que o ofendido era. Importa saber, tão-somente, o comportamento dele no cenário e no roteiro do crime.

Não obstante os fundamentos jurídicos acima arregimentados, resta-nos um último aceno, de conteúdo muito mais reflexivo do que argumentativo. Em um Estado laico, em que direito e religião se separaram, não cumpre ao operador do direito e, em especial, ao magistrado, o papel de arauto dos bons costumes, muito menos a postura de imaginar-se o cabedal da polícia moral. Por trás da magnificência de uma beca ou de uma toga, há, na essência, sempre, um homem, igual a qualquer outro, pois repleto de anseios, angústias, esperanças e sonhos. E que o julgador não se coloque em pedestal no julgamento de seus iguais. Que enxergue, neles, o reflexo do ser humano falho que também é, com seus maus hábitos e maus gostos, sob a ótica de terceiros, mas nem por isso indigno. Somente enxergando-se enquanto ser humano que é, poderá, então, realizar constitucionalmente a divina tarefa de julgar, conforme a conduta de cada um, e não sob a ótica moralista e narcisista de querer que os outros sejam reflexos de si próprio.

> Os juízes não são juízes porque combatem a criminalidade, ou porque, intrépidos como os mocinhos do faroeste, enfrentam e duelam com os bandidos, os malvados e os maltrapidos. Os juízes

> — e a lição é tão antiga quanto eles próprios! — são juízes simplesmente porque dizem publicamente o direito. E dizer o direito hoje é, antes de mais nada, pregar a Constituição, suas garantias, seus fundamentos, seus princípios e suas liberdades. Feito isso, feito apenas isso, os juízes cumprem e bem cumprem o que deles se reclama. É para isso — para nada mais além disso! — que a sociedade criou os juízes e é por isso que ela ainda acredita neles. [45]

REFERÊNCIAS

BACHOFF, Otto. **Normas constitucionais inconstitucionais?** Trad. José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina.

BACIGALUPO, Enrique. **Justicia penal y derechos fundamentales**. Madri: Marcial Pons.

BOSCHI, Jose Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO, Amilton Bueno de. **Aplicação da pena e Garantismo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CONDE, Francisco Munõz; ARÁN, Mercedes Garcia. **Derecho Penal:** parte general. 6. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

FARIA, José Eduardo. **O Poder Judiciário no Brasil:** paradoxos, desafios, alternativas. Brasília: Conselho da Justiça federal, 1995.

FELDENS, Luciano. **A Constituição penal: a dupla face do princípio da proporcionalidade no controle das normas penais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

45 Juízes para a Democracia, a. 6, n. 29, jul/set, 2002, p. 01.

FERNANDES, Fábio de Assis Ferreira. **A discriminação na dispensa por justa causa do empregado portador da doença do alcoolismo e o ministério público do trabalho**. Disponível em <http://www.prt13.mpt.gov.br/pubrevista/pubrevistaprt13ivolume.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2008.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão:** teoria do garantismo penal. Trad. de Fauzi Hassan Choukr e outros. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa**. 3. ed. Curitiba: Positivo, 2004.

FRANCO, Alberto Silva et. al. **Código penal e sua interpretação jurisprudencial**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. v. 1, t. I.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. São Paulo: Malheiros, 2003.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Autopoiesis na Sociedade Contemporânea**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

JUÍZES PARA A DEMOCRACIA, a. 6, n. 29, jul/set, 2002.

PUIG, Santiago Mir. **Derecho pena: parte general**. 7. ed. Barcelona: Reppertor, 2006.

RIPOLLÉS, José Luis Díez. **A racionalidade das leis penais**: teoria e prática. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

ROSA, Alexandre Morais da. **Decisão Penal**: a Bricolage de Significantes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

ROYO, Javier Pérez. **Curso de derecho constitucional**. 10. ed. Barcelona: Marcial Pons, 2005.

SADEK, Maria Tereza (org.). Pesquisa AMB. Disponível em: <http://www.amb.com.br/portal/docs/noticias/pesquisaamb2005.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4. ed. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2004.

SCHMITT, Ricardo Augusto. **Sentença penal condenatória: aspectos práticos e teóricos à elaboração**. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2007.

STAMFORD, Artur. **E por falar em teoria jurídica, onde anda a cientificidade do direito?** Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=415>. Acesso em 30 nov. 2008.

STRECK, Lenio Luiz. Da Proibição de Excesso (Übermassverbot) à Proibição de Proteção Deficiente (Untermassverbot): de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. (Neo) Constitucionalismo: ontem, os códigos hoje, as constituições. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica,** Porto Alegre, n. 2, 2004.

_____. **Jurisdição constitucional e hermenêutica:** uma nova crítica do direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

Correspondência | Correspondence:

Rosivaldo Toscano dos Santos Júnior
Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte – ESMARN, Rua Promotor Manoel Alves Pessoa Neto, 1000, Candelária, CEP 59.065-555. Natal, RN, Brasil.
Fone: (84) 3215-1855.
Email: rosivaldotoscano@tjrn.jus.br

Recebido: 01/12/2008.
Aprovado: 03/03/2009.