

# A VALORAÇÃO DOS ANTECEDENTES, DA CONDUTA SOCIAL E DA PERSONALIDADE DO AGENTE NOS CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL<sup>1</sup>

Camila Schneider Mallet<sup>2</sup>

**Resumo:** Este artigo tem como escopo analisar o discurso dos desembargadores do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, mormente quando da valoração, nos crimes contra o patrimônio, dos antecedentes, da conduta social e da personalidade do agente. Para tanto, de início, busca-se compreender, a partir da criminologia, os motivos pelos quais pessoas provenientes de determinadas camadas sociais e econômicas sofrem mais severamente a repressão estatal a delitos por elas cometidos do que outras, que passam despercebidas às lentes do controle penal. Assim, desde a teoria do etiquetamento, constata-se que o juiz desempenha o papel de sujeito ativo no processo de criminalização secundária das pessoas selecionadas pelo sistema penal, verificando-se, ainda, as formas pelas quais é possível reduzir os horizontes de arbitrariedade quando do julgamento de processos criminais. A partir de então, com fundamento em um repasse crítico dos estudos que a doutrina nacional desenvolveu sobre aplicação de pena, percebe-se que os antecedentes, a conduta social e a personalidade são circunstâncias de caráter eminentemente moralista, característica do denominado direito penal do autor, em absoluta desconformidade com um Estado que se pretenda Democrático de Direito. Ao final, são analisados aqueles julgados que se destacaram no que tange aos seus fundamentos em relação a uma ou mais das circunstâncias em apreço. Assim, com base nas críticas teóricas perpassadas nos capítulos anteriores, verifica-se a (des)conformidade da aplicação da pena efetuada nos acórdãos com a instituição do direito penal do fato, nos termos das garantias constitucionalmente asseguradas.

**Palavras-chave:** Criminalização Secundária. Aplicação da Pena. Antecedentes. Conduta Social. Personalidade. Direito Penal do Fato. Direito Penal do Autor. Análise de Discurso. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

---

1 Artigo elaborado a partir de Trabalho de Conclusão de Curso apresentado em 12 de julho de 2013 como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

2 Graduanda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

## 1. Introdução

A partir da teoria da associação diferencial de EDWIN SUTHERLAND, na qual se viu que os crimes de *white collar* não eram objeto de tantas sentenças quanto a quantidade de delitos efetivamente cometidos, a criminologia passou a ter uma outra visão sobre o fenômeno da criminalidade, dando-se conta da denominada cifra negra. HASSEMER (2005) descreve o processo de filtragem das ações puníveis, percurso cujo resultado final é (seria) a sentença judicial condenatória. Resumidamente, o afunilamento ocorre da seguinte maneira:

- (a) nem todo fato punível cometido é percebido (delitos sem vítima ou com poucas vítimas, especialmente);
- (b) nem todo fato punível cometido chega ao conhecimento das autoridades investigadoras;
- (c) nem todo fato punível conhecido é esclarecido pelas autoridades policiais investigadoras;
- (d) nem todo fato punível esclarecido pela polícia é acusado;
- (e) nem todo fato punível acusado é julgado no processo judicial principal (no sistema penal brasileiro, comumente por meio da suspensão condicional do processo e da transação penal);
- (f) nem todo julgamento de um fato punível leva à condenação do réu.

Veja-se que a ultrapassagem das fases em direção à condenação criminal consiste em um verdadeiro funil em que simplesmente “os outros criminosos [...] se distinguem dos descobertos por um ponto altamente significativo: eles conseguiram permanecer ocultos no setor obscuro” (HASSEMER, 2005, p. 101).

De modo complementar, a teoria do etiquetamento demonstra que o processo de criminalização inicia em momento anterior àquele descrito por HASSEMER: a seletividade penal tem estreia com a tipificação penal, ou seja, com a atribuição, pelo legislador, do caráter de ilícito a determinadas condutas. Assim, BECKER (2008, p. 140), precursor da teoria do etiquetamento (*labelling approach*), argumenta que “atos de imposição não decorrem automaticamente da infração de uma regra. A imposição é seletiva, e diferencialmente seletiva entre tipos de pessoa, em diferentes momentos e em diferentes situações.”. Quer dizer, a produção legislativa em matéria criminal, enquanto instância de controle social formal, passa a ser vista como mecanismo de exercício de poder.

Neste sentido, conforme BARATTA (2002, p. 85-86, grifo do autor), a criminalidade decorre da atribuição do *status* de criminoso a indivíduos selecionados pelas instâncias de controle social formal:

A distinção entre os dois tipos de comportamento [desviante e não desviante] depende menos de uma atitude interior intrinsecamente boa ou má, social ou anti-social, valorável positiva ou negativamente pelos indivíduos, do que da definição legal que, em um dado momento distingue, em determinada sociedade, o comportamento criminoso do comportamento lícito.

[...]

O *status* social de delinqüente pressupõe, necessariamente, o efeito da atividade das instâncias oficiais de controle social da delinqüência, enquanto não adquire esse *status* aquele que, apesar de ter realizado o mesmo comportamento punível, não é alcançado, todavia, pela ação daquelas instâncias. Portanto, este não é considerado e tratado pela sociedade como “delinqüente”.

Segundo dados do Ministério da Justiça referentes ao ano de 2012<sup>3</sup>, percebe-se que o processo de criminalização, quer dizer, a seletividade do sistema penal, no Estado do Rio Grande do Sul, ocorre majoritariamente para/com pessoas do sexo masculino, brancas, de baixo grau de instrução e com idade entre 25 e 29 anos<sup>4</sup>. Estas informações estão expostas e sistematizadas, juntamente com as características dos perfis que sofrem uma menor incidência da seletividade penal, nas tabelas que seguem.

Tabela 1: Quantidade de presos de acordo com o sexo em 2012/RS

Sexo	Quantidade de presos
Feminino	2.079
Masculino	27.989
Total	30.068

Fonte: Ministério da Justiça

Tabela 2: Quantidade de presos de acordo com a cor da pele/etnia em 2012/RS

Cor da pele/etnia	Quantidade de presos
Branca	20.043
Negra	3.812
Parda	6.053

3

<<http://portal.mj.gov.br/main.asp?View=%7BD574E9CE-3C7D-437A-A5B6-22166AD2E896%7D&Team=&params=itemID=%7BC37B2AE9-4C68-4006-8B16-24D28407509C%7D;&UIPartUID=%7B2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26%7D>>. Acesso em 04 abr. 2013.

4 É certo que o processo de criminalização não é um dado estático – o que se infere da própria etimologia da palavra “processo”. Entretanto, apenas para fim de exemplificação factual escolheu-se o marco temporal de 2012, pois correspondente àquele sobre o qual se analisará as decisões do Tribunal de Justiça no capítulo terceiro desta monografia.

<b>Amarela</b>	34
<b>Indígena</b>	96
<b>Outras</b>	30

Fonte: Ministério da Justiça

Tabela 3: Quantidade de presos de acordo com o grau de instrução em 2012/RS

<b>Grau de instrução</b>	<b>Quantidade de presos</b>
Analfabeto	1197
Alfabetizado	1971
Ensino Fundamental Incompleto	18847
Ensino Fundamental Completo	3476
Ensino Médio Incompleto	2530
Ensino Médio Completo	1689
Ensino Superior Incompleto	232
Ensino Superior Completo	88
Ensino Acima de Superior Completo	0
Não informado	38

Fonte: Ministério da Justiça

Tabela 4: Quantidade de presos de acordo com a faixa etária em 2012/RS

<b>Faixa Etária</b>	<b>Quantidade de presos</b>
<b>18 a 24 anos</b>	6.304
<b>25 a 29 anos</b>	7.611
<b>30 a 34 anos</b>	6.250
<b>35 a 45 anos</b>	6.657
<b>46 a 60 anos</b>	2.851
<b>Mais de 60 anos</b>	382
<b>Não informado</b>	13

Fonte: Ministério da Justiça

Vê-se que, em que pese não existam dados que especifiquem a capacidade aquisitiva, é possível inferi-la a partir das informações que dizem respeito ao grau de instrução, ao sexo e à faixa etária dos apenados, pois se constituem de um raio-x da sociedade marginalizada no Brasil, vítima da falta de oportunidades de ascensão social, de trabalho e emprego dignos, saúde e educação públicas de qualidade, localização urbana próxima ao centro da cidade, para se dizer o mínimo<sup>5</sup>.

5 Impende ressaltar que a discrepância em relação à cor da pele dos indivíduos criminalizados no Rio Grande do Sul daqueles criminalizados em âmbito nacional (no Brasil a maior parte – 210.171 – dos presos possui a cor da pele parda: <<http://portal.mj.gov.br/main.asp?View=%7BD574E9CE-3C7D-437A-A5B6-22166AD2E896%7D&Team=&params=itemID=%7BC37B2AE9-4C68-4006-8B16-24D28407509C%7D;&UIPartUID=%7B2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26%7D>>, acesso em 08 abr. 2013) não merece ser vista como anormalidade. Isto é, como sendo o reflexo de um processo de criminalização diferente em apenas um Estado do país. O que ocorre é, principalmente, o fato de o território gaúcho ter sido colonizado majoritariamente por imigrantes europeus, diferentemente do restante do Brasil.

Este entendimento é compartilhado por ZAFFARONI e PIERANGELI (2011, p. 60, grifo nosso):

[...] chama também a atenção o fato de que na grande maioria dos casos os que são chamados de “delinquentes” pertencem aos setores sociais de menores recursos. Em geral, é bastante óbvio que quase todas as prisões do mundo estão povoadas por pobres. Isto indica que *há um processo de seleção das pessoas às quais se qualifica como “delinquentes” e não, como se pretende, um mero processo de seleção das condutas ou ações qualificadas como tais.*

Diante dos dados expostos, ainda que de modo bastante singelo, e com base na teoria do etiquetamento, nota-se que ocorre, no Brasil (mas não só nele, aliás), um fenômeno de *criminalização da pobreza* (BATISTA, 2011), concretizada, cruel e especialmente, na sua custódia pelo sistema carcerário.

Neste sentido, DIAS e ANDRADE (1992, p. 386-387, grifo dos autores) procuram demonstrar como os *mecanismos de seleção* do sistema penal atuam diferentemente sobre membros de camadas sociais distintas e como, a partir do processo de interação social que exercem, aqueles socioeconomicamente mais favorecidos são capazes de neutralizar sua potencial criminalização primária e/ou secundária:

Com este conceito [mecanismos de seleção] designam-se os operadores genéricos que imprimem sentido ao exercício da discricionariedade real das instâncias formais de controlo e permitem explicar as regularidades da presença desproporcionada de membros dos estratos mais desfavorecidos nas estatísticas oficiais da delinquência [...] Como mecanismos mais frequentemente mencionados, avultam o *poder relativo* dos sujeitos potenciais do processo formal de controlo e os *estereótipos*.

[...]

Dentre as suas manifestações [do poder relativo] mais significativas sobressaem as seguintes: [...] *a participação da pessoa em «grupos de pressão»*, destinados a manipular o conteúdo e a direcção da própria lei penal [...] *a «interpenetração de papéis»* entre a economia e a política (i. é., o poder legislativo e o conseqüente poder de criminalização e de descriminalização primárias) como uma das principais responsáveis pela escassa presença de delinquentes de *white-collar* nas estatísticas da criminalidade.

A respeito da formação cultural punitivista dos atores do sistema de justiça criminal, ZAFFARONI (2011) infere que o controle penal atual nos países da América Latina decorre da combinação de três características, quais sejam: a polarização da riqueza, a anomia e o discurso *völkisch*.

Explica o autor que a exclusão social deteriorou as classes médias, tornando-as um corpo anômico – pois as normas legais de acesso à riqueza não lhes estão mais disponíveis –, sedento por leis que lhe restitua a segurança levada embora pela globalização: “*a coesão é*

*alcançada através de um discurso simplista que clama pela vingança pura e simples”* (ZAFFARONI, 2011, p. 73, grifo do autor).

O discurso *völkisch*, proclamado especialmente pelos meios de comunicação de massa, “subestima o povo e trata de obter sua simpatia de modo não apenas demagógico, mas também brutalmente grosseiro, mediante a reafirmação, o aprofundamento e o estímulo primitivo dos seus piores preconceitos” (ZAFFARONI, 2011, p. 15, nota 11).

Desta forma, é bastante frequente que se veja, no Brasil, os veículos de comunicação de massa “escolherem” determinado fato criminoso ocorrido no cotidiano, criando um verdadeiro espetáculo teatral, com a transformação do sujeito ativo do delito em demônio e do sujeito passivo em criatura angelical, bem como com a rotulação do primeiro como “vagabundo, criminoso, marginal, bandido” e do segundo como “cidadão de bem, trabalhador, pagador de impostos”.

O problema maior parece ocorrer, entretanto, quando as instituições estatais passam a tomar para si esse senso comum vingativo nas suas práticas jurídicas operacionais, em especial no caso dos juízes, os quais deveriam adotar, dentro de um Estado que se pretenda Democrático de Direito, um posicionamento de proteção das garantias constitucional e processualmente estabelecidas.

Desta maneira, o estudo das decisões judiciais, desde o ponto de vista da seletividade penal, mostra-se fundamental para a explicação do papel por elas exercido no processo de criminalização secundária, configurador, em boa medida, do grande encarceramento da população pobre no Brasil. Isto porque, conforme BARATTA (2002, p. 178-179):

[...] a criminalidade [...] é uma realidade social de que a ação das instâncias oficiais é elemento constitutivo [...] através de uma percepção seletiva dos fenômenos, que se traduz no recrutamento de uma circunscrita população criminal, selecionada dentro do mais amplo círculo dos que cometem ações previstas na lei penal [...]

Na mesma linha de entendimento, DIAS e ANDRADE (1992, p. 533):

[...] de quase todos os já incontáveis estudos empíricos neste domínio [teoria da seleção nos tribunais] emerge uma tendência muito clara no sentido de a «discricionariedade» do juiz funcionar sistematicamente em desfavor dos delinquentes de mais baixo estatuto econômico-social. Para além de conhecerem relativamente mais condenações, são os «colarinhos azuis» [...] que sofrem as penas mais drásticas, inclusive a pena de morte [não aplicável ao caso brasileiro, pois vedada por dispositivo constitucional: art. 5º, XLVII, *a*], sendo igualmente seguro que eles beneficiam em menor escala das alternativas não detentivas à pena de prisão [...]

Partindo-se desse paradigma (*labelling approach*), a ideia de que o juiz exerce função ativa no processo de criminalização e de encarceramento da delinquência pobre no Brasil será mais detidamente analisada nos próximos pontos.

## **2. O papel do juiz na efetivação das garantias constitucionais e na redução do encarceramento no Estado Democrático de Direito**

A partir dos estudos sobre hermenêutica jurídica, a relação entre o direito e a política, em um Estado Democrático de Direito não alcançado pela modernidade, como é o caso brasileiro<sup>6</sup>, deve ocorrer nos moldes da *corrente substancialista*, cujo entendimento mostra-se bastante aproximado daquele da teoria do garantismo penal, de FERRAJOLI (2006).

É como aduz STRECK (2000, p. 42-43, grifo do autor):

Em síntese, a corrente substancialista entende que, mais do que equilibrar e harmonizar os demais poderes, o Judiciário deveria assumir o papel de um intérprete que põe em evidência, inclusive, contra maiorias eventuais, a vontade geral implícita no direito positivo, especialmente nos textos constitucionais, e nos princípios selecionados como de valor permanente na sua cultura de origem e na do Ocidente.

O modelo substancialista – que, em grande parte aqui subscrevo – trabalha na perspectiva de que a Constituição estabelece as condições do agir político-estatal, a partir do pressuposto de que a Constituição é a explicitação do contrato social. [...] O Poder Judiciário não pode assumir uma postura passiva diante da sociedade. Na perspectiva substancialista, concebe-se ao Poder Judiciário uma nova inserção no âmbito das relações dos poderes de Estado, levando-o a transcender as funções de *checks and balances* [...] Nesse sentido, é possível dizer que o garantismo proposto por Ferrajoli se aproxima do modelo substancialista, pelo valor que estabelece à Constituição, entendida em seu todo principiológico. Também podem ser alinhados os constitucionalistas portugueses, como Jorge Miranda e Canotilho, e os espanhóis Miguel Angel Garcia Herrera, Perfecto Ibañez, José Antonio Estévez Araujo, Miguel Angel Aparicio Pérez, entre outros.

---

6 Sobre a *modernidade arcaica* brasileira, STRECK (2000, p. 28) indaga: “Daí a pergunta: como pode o Estado, nesse contexto, atuar, intervir, para (começar a) resgatar essa imensa dívida social? O quadro é desolador. Com efeito, nossas classes dirigentes continuam na modernidade arcaica. Com uma indústria que só dispõe de mercado se a renda for concentrada para viabilizar a demanda; uma agricultura eficiente, mas voltada para a exportação, em um país onde 380 mil crianças morrem de fome a cada ano; megalópolis que são incapazes de oferecer os serviços para os quais elas deveriam existir; estrutura de transporte urbano nos moldes dos países ricos, mas que condena, por falta de dinheiro, milhões de pessoas a caminhar, como andarilhos medievais, os quilômetros entre suas pobres casas e o trabalho; e obriga aqueles que têm acesso à modernidade, ao desperdício de tempo em engarrafamentos que seriam desnecessários em um sistema de transporte eficiente. Enfim, a modernização é vista independentemente do bem-estar coletivo. Obtém-se um imenso poder econômico, mas ele não consegue resolver os problemas da qualidade de vida. Constroem-se estruturas sociais que, ao se fazerem modernas, mantêm todas as características do que há de mais injusto e estúpido.”

Quer dizer, segundo a corrente substancialista, o Poder Judiciário deve, além de participar do *checks and balances* do sistema republicano, assumir o papel de intérprete conforme os princípios esculpidos explícita e implicitamente na Constituição vigente em determinado país. Ademais, conforme ROSA (2002), a atuação dos juízes de acordo com a referida corrente representa a maior possibilidade de *transformação social pelo Direito*, nos moldes dos direitos sociais já garantidos (porém não levados a efeito pelo protótipo de Estado Social brasileiro) pela Constituição Federal de 1988.

Assim, CARVALHO (A., 2011, p. 8-9), à época juiz criminal, em obra dedicada aos juízes criminais (quer dizer, efetivamente a eles dirigida), problematiza a questão:

A maioria de nós incorpora a neurose que explode na sociedade civil: uma fúria persecutória espetacular – outra vez, o senso comum invadindo o espaço do jurista –, transformando-o em agente da irracionalidade que percebe o fenômeno violência como espetáculo midiático.

[...]

Não se logrou na história da humanidade dar conta do fenômeno violência – e possivelmente não se dará enquanto o humano continuar sendo humano. Mas, o senso comum tem resposta definitiva: puna-se!

Há que se atentar para o fato de que o papel dos juízes enquanto sujeitos responsáveis pela criminalização secundária, desde uma perspectiva interacionista do desvio, abarca um rol de consequências que contribuirão para a entrada (e permanência) do sujeito selecionado pelo sistema penal em uma verdadeira carreira criminosa.

O que ocorre é que o delinquente primário, de acordo com o seu grau de vulnerabilidade e com a sua autoimagem – considerando-se a identidade pessoal como resultado dinâmico do processo de envolvimento, comunicação e interação social (BECKER, 2008) –, recebe uma resposta ritualizada por parte das instituições de controle formal, através das cerimônias degradantes constantes no inquérito policial e no processo penal, onde o provável resultado será uma sentença condenatória.

Durante a execução da pena em uma instituição total (GOFFMAN, 2010), no caso de pena privativa de liberdade, o estado esquecerá o caráter de indivíduo do apenado que, como condição de sobrevivência dentro do cárcere, terá de se conectar a uma subcultura delinquente, instituidora de regras, prêmios e castigos paralelos. O resultado será, com grande probabilidade, a assunção da etiqueta de delinquente a ele atribuída (agora, delinquência secundária), consequência dos efeitos da *prisonização* (GOFFMAN, 2010) que lhe foi alcançada, por ação ou omissão, pelo Estado, ao invés de tê-la sido a (re)socialização.

Perante a concepção de juiz como agente ativo do processo de criminalização secundária, percebe-se que há, na legislação penal brasileira, “expressões em aberto”, quer



dizer, palavras cuja interpretação necessita de uma atribuição de sentido, que dão margem a valorações em desconformidade com o Estado Democrático de Direito, bem como com um direito penal de garantias.

Conforme lição de DIAS e ANDRADE (1992), a linguagem é constituída por duas modalidades distintas de conceitos: os *descriptivos* e os *adscriptivos*. Os primeiros dizem respeito a situações do mundo exterior, descritas simplesmente como verdadeiras ou falsas. Os segundos, contudo, acabam por valorar, positiva ou negativamente, a ação a que se reportam de acordo com determinado padrão de comportamento (etiquetamento).

O poder-dever de interpretação do magistrado conforme a Constituição, entretanto, muitas vezes, é obstaculizado por meio de um argumento chamado à tona, segundo o qual a legislação é ente independente, possuidora de vida própria e sentido pré-constituído, sobre a qual não cabe qualquer exercício hermenêutico: deve-se buscar a “vontade da lei”, a “vontade do legislador”. Trata-se da *fetichização do discurso jurídico*, na qual o operador do direito remete-se diretamente à lei, considerada como *uma-lei-em-si*, mediante o ocultamento das condições de produção de sentido do discurso jurídico posto (STRECK, 2000). Dito de outro modo, a *letra fria da lei* passa, inexoravelmente, por um processo de interpretação, adscrição, atribuição de sentido, por parte do hermeneuta.

Dentro deste contexto, com o escopo de frear os abusos do Estado, deve-se buscar, especialmente na prestação jurisdicional, a concretização dos direitos fundamentais garantidos constitucionalmente. Assim, quando da atribuição de sentido a uma norma infraconstitucional pelo hermeneuta, ela deve ser feita em absoluta conformidade com os princípios estabelecidos na Constituição Federal de 1988. É o que ROSA (2002, p. 112 e 122-123) chama de *oxigenação constitucional de viés garantista*:

No paradigma *garantista*, no entanto, o magistrado, assim como os demais atores jurídicos, assume posição diversa, passando a tutelar não somente a formalidade, mas também (e principalmente) o conteúdo constitucional, fazendo a devida *oxigenação constitucional*.

[...]

Portanto, é dentro da perspectiva de *oxigenação constitucional* das normas infraconstitucionais, desde que materialmente válidas – viés *garantista* –, informadas pela compreensão hermenêutica da própria Constituição, mediante a abertura de clareiras, que se vislumbra a possibilidade de (re)construção de uma cidadania participativa, rompedora com o padrão liberal da individualidade e atenta à possibilidade de transformação social pelo Direito, avivada pela concretização da Constituição Federal.

Em outras palavras, as promessas da modernidade, não cumpridas pelo (simulacro de) Estado Social brasileiro, devem ser garantidas pelo Poder Judiciário; para tanto, este deve decidir sempre com fundamento no substrato constitucional material (ROSA, 2002).

Destaca-se que a função do direito penal dentro de um Estado de Direito – ou seja, desde quando confiscado da vítima seu poder de vingança, a partir de uma perspectiva contratualista – é a contenção, o controle do próprio poder punitivo estatal. Quer dizer, um direito penal de garantias se funde com a própria concepção de Estado de Direito, porquanto se apresenta como verdadeiro freio às arbitrariedades em desfavor dos cidadãos que o constituem, freio ao Estado de Polícia. O direito penal é, portanto, instrumento de contenção às ilegalidades e aos abusos do *potestas puniendi*.

Partindo-se desta concepção é que se estudará, portanto, os institutos dos antecedentes, da conduta social e da personalidade, bem como sua inserção no mundo prático, mormente no exercício de prestação jurisdicional, entendida, a partir da teoria do etiquetamento, enquanto processo seletivo de criminalização secundária.

### **3. Aplicação da pena e estigmatização: antecedentes, conduta social e personalidade**

#### *3.1. Antecedentes*

Defendia a doutrina, anteriormente à reforma penal de 1984, que a valoração do vetor antecedentes seria o ato de “extrair-lhe a conta corrente, para ver se há saldo credor ou devedor” (HUNGRIA<sup>7</sup>, 1945, apud REALE JR. et al., 1985, p. 161). No mesmo sentido, REALE JR. et al. (1985, p. 161) entendem que o conceito de antecedentes deve ser abrangente, com o exame do meio de sustento, dedicação a atividades honestas, assunção de responsabilidades familiares.

Tendo em vista que o revogado artigo 42 não contemplava, no rol de circunstâncias judiciais, o vetor conduta social, acabava sendo considerada juntamente com os antecedentes, que se constituía, portanto, de um conceito deveras abrangente.

Com a reforma do Código Penal, entretanto, a conduta social ganhou espaço próprio, como mais uma circunstância a ser valorada na pena-base. Os antecedentes, então, vieram a ser entendidos como a *folha corrida judicial*. Consideravam-se representações criminais, inquéritos instaurados, inquéritos arquivados, indiciamentos, denúncias rejeitadas, processos judiciais em andamento ou encerrados, mesmo que com sentença absolutória ou extintiva de punibilidade.

A maneira como vinham sendo valorados pelo Poder Judiciário, entretanto, passou a sofrer severas críticas, pois, com a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, estaria

---

7 HUNGRIA, Nelson. **Novas Questões Jurídico-Penais**. Rio de Janeiro: Nacional de Direito, 1945.

em desacordo com princípios nela insculpidos, em especial o da presunção de inocência (art. 5º, LVII).

Assim, criou-se uma *contundente divergência dogmática* (CARVALHO, 2012). Por um lado, defendia-se haver violação à presunção de inocência quando da valoração de tudo o quanto não fosse condenação criminal com trânsito em julgado; por outro, não ocorreria tal violação, pois o princípio seria aplicável somente em relação ao caso concreto, ou seja, “como os antecedentes implicariam em valorações de processos anteriores não vinculados diretamente com o caso em análise, inexistiriam quaisquer óbices em valorar negativamente registros criminais” (CARVALHO, 2012, p. 325).

Diante de tal dialética, o Superior Tribunal de Justiça, em maio de 2010, publicou a Súmula nº 444: “É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base.”.

BOSCHI (2011) refere, acertadamente, que, em que pese o enunciado não faça menção aos processos pendentes e aos encerrados com sentenças absolutórias ou extintivas de punibilidade, tais hipóteses a Súmula também deve alcançar.

Adiante, em primeiro lugar, impende ressaltar que a valoração negativa dos antecedentes deve sofrer uma limitação temporal, pena de infringência à vedação constitucional de perpetuidade das penas (artigo 5º, XLVII, “b”, da CF). Diante do atual contexto encarcerador e de penalização máxima, a eterna consideração dos antecedentes para fins de aumento da pena-base reforça o caráter essencialmente estigmatizante do direito penal sobre a vida dos selecionados. Assim bem analisa OLIVEIRA (1999, p. 87):

[...] mesmo após expirado o período no qual pode ser computado o novo fato como reincidência, mantém-se o estigma, mudando apenas o rótulo, ou a etiqueta, para agora considerar o sujeito portador de maus antecedentes. O rótulo, como visto, só vai mudando com o passar do tempo, mas nunca deixa de designar o verdadeiro *self* do sujeito, que é de criminoso, bandido, marginal, delinqüente, desviado, etc. O estigma, portanto, é dado para a posteridade, onde se pronuncia outra característica dos antecedentes: a perpetuidade.

Ademais, em analogia à prescrição da reincidência (analogia *in bonam partem*), os antecedentes devem ter como limite máximo temporal os mesmos cinco anos previstos no artigo 64, I, do CP. Ora, por similitude lógica, se o aumento pela reincidência é juridicamente mais expressivo/gravoso no que diz com a aplicação da pena do que circunstância judicial do artigo 59, mormente os antecedentes, o prazo de cinco anos àquela alcançado deve estender seus efeitos a esta. É como defendem BOSCHI (2011), CARVALHO (2012), QUEIROZ (2010), NUCCI (2005) e BITENCOURT (2010).

O segundo ponto a ser tratado quando do estudo do fator antecedentes é justamente a sua (i)legitimidade perante o Estado Democrático de Direito em face de duas questões centrais, que serão logo analisadas: vedação à dupla incriminação e secularização do direito.

Quanto ao princípio do *ne bis in idem*, o raciocínio é o mesmo daquele comumente adotado pela doutrina crítica do instituto da reincidência. Assim, o que ocorre é que o aumento da pena aplicada a determinado caso concreto ocorrerá em função de outro delito cuja pena já foi ou está sendo cumprida. Trata-se de uma situação *extratípica*, ou seja, que diz respeito a um acontecimento estranho àquele que está sob julgamento/apenamento. CARVALHO (2012) acredita, acertadamente, que a valoração dos antecedentes implica uma decisão *extra petita*, portanto.

Por outro lado, há autores que defendem a constitucionalidade da valoração negativa dos antecedentes com fundamento no princípio da individualização da pena (art. 5º, XLVI, da CF), a exemplo de BOSCHI (2011) e REALE JR. (2009). Assim, aquele que já cometeu delito(s) teria melhores condições de conhecer as consequências dele decorrentes. Apresentaria maior consciência da ilicitude da conduta, portanto.

Entende-se, todavia, que, em que pese tal entendimento tenha perfeita concretude lógica, não pode ser admitido em um Estado Democrático de Direito diante de *mera racionalidade instrumental* (STRECK, 1998). Ademais, desde o *labelling approach*, a majoração da quantidade de pena aplicada ao indivíduo novamente selecionado pelo sistema penal serve apenas para reafirmar o seu cretinismo, incorreção, mau caráter, insubordinação. Ou seja, já não bastasse o efeito estigmatizante da sua entrada no sistema de justiça criminal por meio do banco dos réus, o *status* de “reincidente” finaliza com qualquer oportunidade de inclusão social via trabalho lícito e regularizado. O que lhe resta? “resta aceitar a sua *new identity*, e honrar o estigma que lhe foi dado, dedicando-se ao *ramo* do crime” (OLIVEIRA, 1999, p. 88).

Já no que tange ao princípio da secularização, vê-se sua total incompatibilidade com a consideração dos antecedentes para o afastamento da pena-base do mínimo legal.

A origem da expressão “secularização” advém do processo de separação entre a moral religiosa e a produção das ciências, no qual se encaixa também a produção da ciência do direito penal. Assim, o pensamento moderno, fundado na filosofia iluminista, abandonou as respostas teocêntricas, adotando uma racionalidade laicizada. Segundo CARVALHO (2008, p. 5, grifo do autor),

O termo *secularização* é utilizado para definir os processos pelos quais a sociedade, a partir do século XV, produziu uma cisão entre a cultura

eclesiástica e as doutrinas filosóficas (laicização), mais especificamente entre a moral do clero e o modo de produção da(s) ciência(s).

Neste aspecto, a congregação entre moral e direito, no medievo, acarretava uma concepção de crime-pecado. O agente delituoso era, antes de tudo, um pecador, alguém que ia de encontro à moral estabelecida, à verdade (im)posta. Punia-se, muitas vezes, em razão do que se era (esfera de consciência), e não do que se fazia.

Há que se destacar, por fim, que a consideração negativa do vetor antecedentes viola o princípio da igualdade, disposto no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal. Neste princípio, FERRAJOLI (2006) descreve duas espécies de igualdade: a formal ou política e a substancial ou social. A primeira garante o direito à diferença; a segunda à compensação das desigualdades de vida e de sobrevivência. Assim, com base na igualdade formal ou política, as pessoas têm o direito de ser absolutamente quem são, com a consequente (e lógica) vedação de que sejam por isso prejudicadas, pena de se realizar um intervencionismo digno de Estado autoritário.

É nessa esteira, portanto, que se deve pensar a valoração negativa dos antecedentes quando da aplicação da pena-base. Isto é: “urge seja apresentada a Constituição ao Código, ou, que os juízes e intérpretes devem acordar para a nova ordem constitucional” (OLIVEIRA, 1999, p. 106).

### 3.2. *Conduta social*

SANTOS (2005, 112-113) aduz que a jurisprudência, após a entrada em vigor do novo CP, atribuiu à conduta social o significado de “comportamento do autor nos papéis de pai/mãe, marido/esposa, filho, aluno, membro da comunidade, profissional, cidadão”.

Segundo BOSCHI (2011, p. 169), na avaliação da conduta social quando da aplicação da pena-base, deve-se considerar “as peculiaridades inerentes à inserção do acusado na comunidade e ao relacionamento com os outros em família, com os amigos, na vizinhança, no bairro, na cidade, etc.”.

Para os escritores da reforma penal de 84, a ênfase do conceito está no “comportamento do réu no seu trabalho, no meio social, cidade, bairro, associações a que pertence” (REALE JR. et al., 1985, p. 161).

Diante de tais explicações, que na doutrina, de uma maneira geral, muito se assemelham, percebe-se a necessidade de o magistrado ter de tomar conhecimento a respeito de características do *sujeito* que sofre a perseguição penal, as quais se encontram, via de regra, exclusivamente em uma dimensão *além-autos*.

Impende registrar o caráter moralista da consideração de uma suposta conduta social do sujeito para fins de valoração na aplicação da pena. Percebe-se, nos critérios sugeridos pela doutrina, a preponderância de premissas morais, em absoluta desconformidade com o princípio da secularização. Isto quer dizer que valorar características subjetivas do acusado para fins de mensuração do apenamento vai ao encontro do direito penal do autor em detrimento do direito penal do fato.

ZAFFARONI e PIERANGELI (2011) explicam que o direito penal de autor seria uma *corrupção do direito penal*, no qual não se proíbe o ato praticado, mas o ato como uma forma de ser do autor, sendo um sintoma da sua personalidade reprovável e perigosa.

Neste aspecto, entende-se que a separação entre direito e moral é imperativa. Alguém sob julgamento não pode ser punido pelo que é, apenas pelo que fez (FERRAJOLI, 2006).

À guisa de conclusão, ainda com FERRAJOLI (2006), a aplicação da pena não pode servir para sancionar nem para individualizar a imoralidade: o Estado não tem o direito de obrigar os cidadãos a não serem ruins, devendo apenas impedir que se destruam entre si; o cidadão, por sua vez, tem o dever de não cometer delitos e o direito de ser e de continuar sendo internamente ruim.

Um segundo aspecto a ser levado em consideração no estudo do vetor conduta social sob lentes críticas é a margem de subjetividade conferida ao julgador quando da sua valoração. Tal crítica, como se verá adiante, não se afasta sobremaneira daquela referente à incompatibilidade do instituto com a secularização do direito penal.

O que ocorre, por vezes, é que o juiz acaba atribuindo juízo de valor subjetivo sobre os elementos colhidos a respeito da conduta social do acusado. Ou seja, atribui caráter de positividade ou de negatividade àquilo que foi trazido aos autos enquanto conduta social de acordo com a *sua* concepção de certo e de errado, de bom e de ruim. Assim, ROSA (2004, p. 355) destaca que o modelo de família perfeita/ideal concebido pelo juiz não será aquele em que se insere o sujeito selecionado pelo sistema penal, nos moldes da teoria do etiquetamento, muito pelo contrário:

Rauter sustenta que partindo de um modelo de família ideal – pai, mãe, casa, filhos, carro, cachorro, etc. – valores típicos da classe dominante, acolhidos como paradigma e obliterando qualquer contradição e luta de classes, no melhor estilo de justiça *neoliberal*, o parecer aponta um lugar-comum, um ‘estereótipo’, fundamentador da exasperação: a) famílias onde ocorreu a morte do pai ou o abandono precoce por parte deste; b) famílias onde o pai bebe, está preso ou doente; c) famílias onde a mãe cria o filho sem o pai, ou onde a mãe tem filhos de homens diferentes; d) famílias onde a mãe está ausente, mesmo que seja por ter que trabalhar; e) famílias onde a mãe bebe, está presa, é prostituta, etc.. Ninguém discute que a ‘seleção’ e o

‘etiquetamento’ daqueles que serão pegos pelas malhas da Justiça recai sobre a população excluída, onde o modelo ‘tradicional’ de família não vigora, e é tão democrático como o de qualquer outro; inexistente um modelo ‘chapa branca’ de família, malgrado alguns totalitaristas ainda de plantão. A *miséria*, a *exclusão*, então, no momento da aplicação da pena são novamente invocados para, desde uma perspectiva de ‘periculosidade’ e ‘Defesa Social’, prevenir-se do ‘outro’, do ‘estranho’ (Freud), prendendo-o o maior tempo possível. Pura canalhice.

Diante do quanto exposto, latente é a inconformidade da valoração da circunstância judicial conduta social com o princípio da secularização. Faz-se necessário, assim, a retirada – ou a não aplicação (controle concreto de constitucionalidade), por ora – de todo e qualquer juízo de valor moral do Código Penal vigente.

### 3.3. *Personalidade*

De início, há que se ressaltar que a definição do que seja personalidade, desde o ponto de vista das ciências psi (psicologia, psiquiatria e psicanálise), ainda não encontrou terreno tranquilo para pouso. Segundo SANTOS (2005, p. 113, grifo do autor), há dissenso sobre os seguintes pontos:

A personalidade (a) seria limitada pelo *ego*, como o perceptivo-consciente responsável pelas decisões e ações da vida diária? (b) abrangeria o *superego* como instância de controle ou censura pessoal? (c) enfim, incluiria as pulsões instintuais do *id*, como fonte inconsciente da energia psíquica, regida pelo princípio do prazer?

KAPLAN et. al (1997<sup>8</sup>, apud CARVALHO, 2008) descrevem diversos testes pelos quais deve passar o paciente para fins de aferição da sua personalidade.

O primeiro diz com a fase da Testagem Psicológica de Inteligência e Personalidade e está subdividido em dois: testes objetivos, baseado em itens e questões específicas para fornecimento de escores e perfis sujeitos à análise; testes projetivos, que apresentam estímulos cujo significado não é imediatamente óbvio, pois o grau de ambiguidade força o paciente a projetar suas próprias necessidades na situação de testagem. O psiquiatra, no entanto, ainda precisará realizar outras avaliações, como a Entrevista Psiquiátrica, em que se colherá a História Psiquiátrica e se fará o Exame de Estado Mental. Por último, dependendo do caso, outros testes ainda podem ser necessários, compreendidos nos Estudos Diagnósticos: exame neurológico, tomografia computadorizada, entrevistas psiquiátricas diagnósticas adicionais, entrevistas com familiares.

---

8 KAPLAN, Harold et al. **Compêndio de Psiquiatria**. 7ª ed. Porto Alegre: Artes Médicas, 1997.

Quer dizer, é somente após o recolhimento de todas essas informações (que acima só foram citadas, e não esmiuçadas em seus detalhes) que o psiquiatra poderá elaborar um diagnóstico seguro acerca da personalidade do paciente – inclusive, concluir se ele sofre ou não de algum transtorno de personalidade.

Sendo assim, em função de tamanha dificuldade, aquilo que BOSCHI (2011, p. 171) descreve como sendo a ideia que as *pessoas comuns* têm do que significaria personalidade por vezes acaba sendo o mesmo discurso adotado pelo julgador:

De um modo geral, as pessoas comuns avaliam a personalidade dos outros, mirando para as suas qualidades ou os atributos mais marcantes ou preponderantes.

Outras vezes, elas o fazem com base nas habilidades de produção de reações positivas (ou negativas) nos outros. Normalmente, são considerados “ajustados” (de personalidade equilibrada) os indivíduos que seguem a etiqueta e, pelo reverso, rotulados de “inconvenientes”, antissociais ou antipáticos, aqueles que não a seguem ou a violam deliberadamente.

Assim, adverte SANTOS (2005, p. 113, grifo do autor):

Os operadores do sistema de justiça criminal não possuem formação acadêmica em Psicologia ou Psiquiatria para decidir sobre o complexo conteúdo do conceito de *personalidade* e, por essa razão, a jurisprudência brasileira tem atribuído um significado leigo ao conceito [...]

CARVALHO (2012) aduz que há nulidade absoluta nas decisões que atribuírem à personalidade negativa conceitos vagos e imprecisos, normalmente apropriados do senso comum (valoração do leigo), em razão do descumprimento do dever de fundamentação das decisões judiciais, nos termos do artigo 93, IX, da Constituição Federal. Isto porque, “na prática, a decisão tem de ser verificável, as partes devem poder apreender o processo de racionalização nela desenvolvido, todos os elementos por meio dos quais o juiz formou seu convencimento” (OLIVEIRA, 1999, p. 74).

Ainda a respeito da relação juiz-acusado, BOSCHI (2011, p. 172) destaca a dificuldade de o primeiro entender o contexto em que a personalidade do segundo está estruturada: “Nos julgamentos, o mergulho na história pessoal e familiar do acusado é, em regra, bastante raso, ou seja, o julgador não desce às profundezas do grande caudal em que se estrutura e evolui a personalidade [...]”.

Aqui, lembre-se que, em que pese a vigência do princípio do juiz natural, diante da constante mobilidade dos juízes perante as Varas e Comarcas e diante das dificuldades do Judiciário em prestar jurisdição em tempo razoável (acumulação de processos), o que se vê é que muitas vezes o juiz que instrui a causa não é o mesmo que sentencia (SANTOS, 2005).



Ultrapassada esta discussão, impende, agora, ressaltar a ilegitimidade de sua valoração, desde o princípio da secularização. Na mesma linha das críticas feitas anteriormente em relação aos antecedentes e à conduta social, entende-se que valorar a personalidade também vai de encontro ao princípio da secularização, que impõe a separação entre direito e moral e “estabelece uma blindagem da esfera do íntimo, excluindo as hipóteses de julgamento da identidade do réu” (CARVALHO, 2012, p. 340).

Mais uma vez, frisa-se a impossibilidade de uma pessoa ser prejudicada, no processo penal, pelo que é (ou pelo que o juiz pensa que ela é): ao Estado é vedado determinar padrões morais de conduta, sob pena de dirimir com o direito à individualidade. Ademais, não haveria racionalidade em tal agir, como bem destaca BOSCHI (2011), para quem o reconhecimento de algum elemento negativo da personalidade só pode servir para propiciar menor censura pelo fato cometido, “porque o transtorno afeta a liberdade moral e a capacidade do indivíduo de bem formular juízos críticos e de atentar para o dever de viver em harmonia consigo e com os outros”.

Ainda, com CARVALHO (2012), a partir de uma perspectiva criminológica, percebe-se que a avaliação da personalidade do acusado por vezes acaba por se aproximar da categoria *periculosidade*, típica da escola positiva. Sendo assim, segundo o autor, a jurisprudência atribui com frequência à personalidade a noção de *probabilidade de reiteração delituosa*, tendo em vista uma concepção estática da personalidade, cujo reflexo é o inexorável determinismo a que o sujeito está submetido. Ora, seria capaz o juiz de prever o futuro? Crê-se que não, ao menos em um Estado Democrático de Direito secularizado.

A proposta de BOSCHI (2011), nesse contexto, é, diante da total impossibilidade de avaliação da personalidade do acusado e da absoluta inconformidade dessa atitude com o direito penal do autor e com o direito à diferença, que o juiz se declare sem condições de valorar esta circunstância quando da aplicação da pena-base.

Pelo exposto, além da absoluta incapacidade de aferição da personalidade por parte do juiz, nos termos do já mencionado, entende-se que a sua valoração quando da aplicação da pena-base é incompatível com um direito penal democratizado e secularizado, no qual os indivíduos não podem ser punidos por aquilo que são, apenas por suas atitudes concretas contrárias ao direito.

#### **4. Antecedentes, conduta social e personalidade: análise do discurso dos desembargadores do tribunal de justiça gaúcho com competência para julgamento de crimes contra o patrimônio em agosto de 2012**

#### 4.1. Metodologia utilizada

A pesquisa de jurisprudência foi feita por meio do sítio do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no link “pesquisa de jurisprudência”, em que, para que fosse possível um maior refinamento do material disponível, no sentido de maior adequação dos resultados aos fins a que a pesquisa foi proposta, optou-se por especificá-la através do link “busca avançada”. Assim, as seguintes características foram selecionadas: “Tribunal de Justiça do RS”, “inteiro teor”, “seção crime”, “apelação crime”, “acórdão”, bem como data de julgamento de 01 de agosto de 2012 a 31 de agosto de 2012.

Por fim, escolheu-se como palavras-chave as seguintes: “aplicação da pena”, “fundamentação da pena” e “cálculo da pena”.

Tendo em vista o fato de que a competência para julgamento dos crimes contra o patrimônio esteja prevista, segundo a Resolução nº 01/1998 do TJRS<sup>9</sup>, como sendo da 5ª à 8ª Câmaras Criminais, realizou-se a busca avançada descrita anteriormente em quatro etapas distintas, referentes aos acórdãos de cada uma das Câmaras.

De toda a busca, resultaram, primeiramente, 650 acórdãos, dos quais 122 oriundos da 5ª Câmara Criminal, 187 da 6ª, 154 da 7ª e 187 da 8ª. Neste total estavam incluídas decisões

<sup>9</sup> Art. 12. Às Câmaras Criminais serão distribuídos os feitos atinentes à matéria de sua especialização, assim especificada:

I - Às 1ª, 2ª e 3ª Câmaras:

- a) crimes dolosos e culposos contra a pessoa;
- b) crimes de entorpecentes;
- c) crime da Lei de Armas;
- d) crimes de trânsito;
- e) crimes contra a honra.

II - À 4ª Câmara:

- 1 - competência originária para as infrações penais atribuídas a Prefeitos Municipais;
- 2 - competência recursal para as seguintes infrações:
  - a) crimes de responsabilidade e funcionais praticados por ex-prefeitos;
  - b) crimes contra a incolumidade pública;
  - c) crimes contra a Administração Pública;
  - d) crimes de parcelamento de solo urbano;
  - e) crimes contra a ordem tributária;
  - f) crimes de abuso de autoridade;
  - g) crimes contra a economia popular e os definidos no Código de Proteção e Defesa do Consumidor;
  - h) crimes ambientais;
  - i) crimes contra licitações públicas;
  - j) crimes contra a fé pública;
  - l) crimes falimentares;
  - m) crimes contra a propriedade intelectual;
  - n) crimes da lei de armas.

III - Às 5ª, 6ª, 7ª e 8ª Câmaras:

- a) crimes contra os costumes;
- b) crimes contra o patrimônio;
- c) as demais infrações penais.

concernentes a outros delitos que não os que são objeto de análise deste trabalho (crimes contra o patrimônio), assim como os julgados repetidos, que são acórdãos que apareceram mais de uma vez no resultado da busca. Esta repetição ocorreu porque ela foi feita através da utilização de palavras-chave, tendo havido, portanto, o aparecimento de mais de uma delas no mesmo julgado.

Em um segundo momento, fez-se um refinamento sobre a amostragem inicial, permanecendo somente aqueles acórdãos interessantes para os fins da pesquisa, nos termos do descrito no parágrafo anterior. A partir de então, passou-se à análise qualitativa dos julgados, que é o que se discutirá adiante.

Imperioso ressaltar, finalmente, que se optou por identificar as decisões unicamente com o número do acórdão correspondente, com o escopo de evitar qualquer entendimento crítico de maneira pessoalizada. Assim porque, ao fazer referência ao(à) Desembargador(a) relator(a), usar-se-á sempre as expressões no masculino, a fim de evitar a mínima identificação de quem (relator e Câmara) tenha proferido a decisão.

#### 4.1.1. Antecedentes: juízos de (im)precisão semântica

Primeiramente, cabe registrar que se encontrou diversos julgados cujo teor interpretativo discordava da própria etimologia da palavra *antecedentes*. De acordo com o discutido no segundo capítulo, doutrinariamente entende-se que antecedentes só podem ser aqueles fatos delituosos que efetivamente *antecederem* ao fato sob julgamento, ou seja, que antes deste tenham ocorrido.

No julgamento da Apelação Criminal nº 70049728082 (grifo do autor), o relator retificou a sentença *a quo*, a qual havia valorado negativamente os antecedentes do acusado em razão de fato cometido posteriormente àquele ora em julgamento:

Como visto, a togada exasperou a pena em dois meses por conta dos antecedentes criminais que ostenta o réu. Contudo, para isso se pautou em uma condenação baseada em **fato posterior** ao ora em julgamento, razão por que deve ser afastado o aumento.

De forma diversa, entretanto, entendeu o relator da Apelação Criminal nº 70049843816 (grifo do autor), nos seguintes termos:

Ostenta o acusado maus *antecedentes*, contando com quatro condenações transitadas em julgado por crimes contra o patrimônio, todos cometidos posteriormente ao fato em análise, conforme certidão das fls. 101/107.

O entendimento, contudo, restou vencido diante da divergência do revisor, a qual foi acompanhada pelo vogal:

[...] verifico que as condenações definitivas que figuram na certidão de antecedentes do réu Jesus não podem fundamentar a exasperação da pena-base, pois dizem respeito a fatos posteriores ao ora examinado. Assim, reduzo a basilar ao mínimo legal. Por força de tal operação, resta reconhecer a extinção da punibilidade também em favor do réu Jesus.

Neste caso, não há como deixar de ressaltar os efeitos na vida do acusado diante da modificação da conceituação dos antecedentes no curso do julgamento da Apelação. De condenado a dois anos e dois meses de reclusão, teve o apelante declarada extinta a sua punibilidade pela prescrição, eliminando-se, assim, os efeitos estigmatizantes da execução penal.

Adiante na leitura dos acórdãos, viu-se que há, de um modo geral, uma discrepância interpretativa em relação a alguns aspectos temporais da circunstância judicial ora em apreço.

Enquanto alguns Desembargadores entendem que, para a valoração negativa dos antecedentes não há limite temporal, outros aplicam, por analogia, a prescrição de cinco anos advinda da agravante da reincidência.

No sentido da não perpetuidade dos efeitos de uma condenação na vida do sujeito que sofre a perseguição penal, destaca-se o trecho abaixo, retirado do acórdão da Apelação Criminal nº 70049730161:

Também as sentenças condenatórias transitadas em julgado, cuja pena foi cumprida há mais de cinco anos, não devem ser consideradas desfavoravelmente ao réu em qualquer fase da aplicação da pena, a fim de evitar a perpetuidade dos efeitos das condenações (inteligência do art. 5º, LXVII, da CF/88).

Por outro lado, em algumas decisões valorou-se negativamente os antecedentes por fato cuja pena restara cumprida ou extinta há mais de cinco anos do fato sob julgamento. Assim é a fundamentação utilizada no julgamento da Apelação Criminal nº 70043049857 (grifo nosso):

Por fim, acerca dos antecedentes, compulsando a respectiva certidão de antecedentes judiciais do ora apelante – acostada às fls. 28/40 – verifico que ele ostentava, ao tempo do **fato delituoso** descrito na denúncia, uma condenação por lesões corporais, **cuya baixa da condenação se deu em 25/01/02**, o que leva a incidência do art. 63 do CP (imprestável para a agravante de reincidência), permitindo-se, no entanto, a configuração de maus antecedentes.

Na sequência, frisa-se a discussão por vezes realizada nas decisões acerca da possibilidade ou não de consideração/valoração de alguns antecedentes criminais aptos a configurar reincidência enquanto agravante, e de outros enquanto circunstância judicial subjetiva.

Por um lado, há Desembargadores que entendem não haver qualquer óbice (inclusive violação ao *ne bis in idem*) em fazer tal separação, com a valoração negativa do vetor antecedentes, e, ainda, com a agravação da pena provisória diante da reincidência – que, em que pese não seja pelos mesmos fatos, poderiam todos eles ser apreciados somente em uma das fases de aplicação da pena. É como entendeu o relator da Apelação Criminal nº 70045050986 (grifo nosso):

No que tange aos vetores do art. 59 do Código Penal, identifico como desfavorável os antecedentes do réu (valorada aqui quatro das condenações definitivas que figuram na certidão das fls. 164-172 – processos nº 001/2.05.0403832-0, 001/2.05.0404693-5, 001/2.05.0404777-0 e 001/2.05.0426582-3 –, reservando-se as duas condenações restantes – processos nº 001/2.05.0013341-8 e 008/2.05.0019354-7– para a próxima fase).

[...]

Na segunda fase, como adiantado, incide a agravante da reincidência. Ao contrário do sustentado pela defesa, não há falar em *bis in idem*, tendo em vista que foram considerados registros distintos em cada etapa dosimétrica. Tal entendimento resta inclusive consagrado no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

Ademais, o instituto em questão, ao invés de configurar nova punição à condenação já transitada em julgado, é instrumento adequado à individualização da pena, diferenciando os **criminosos contumazes, que não compreenderam as finalidades da sanção imposta**, daqueles que estão iniciando o contato com o mundo do delito.

Do trecho ao final negritado, é possível perceber, na prática judiciária “viva” (aqui exposta), o caráter etiquetador dos institutos antecedentes/reincidência, conforme melhor articulado nos capítulos anteriores, bem como a própria crença do magistrado na parte final do artigo 59 do Código Penal. Ou seja, a confiança de que as penas atingem, efetivamente, determinados fins, os quais podem e devem ser assumidos pelo (bom) sujeito condenado à pena de reclusão, de modo que venha a modificar suas futuras atitudes, nos moldes do quanto imposto pelo Estado.

Por outro lado, há julgados em que a valoração é única. Assim, se há antecedente criminal apto a configurar reincidência, nesta (e somente nesta) ele será considerado. É como votou o relator do Acórdão nº 70049719537, nos seguintes termos: “As condenações criminais pelos processos nº 019/2.06.0005800-7 e nº 019/2.06.0005850-3, transitadas em julgado anteriormente ao fato ora apurado, configuram reincidência, não sendo valoradas, portanto, nesta fase.”.

Para finalizar a análise sobre a valoração do vetor antecedentes, imperioso citar o desrespeito de muitos julgados ao conteúdo da Súmula nº 444, do Superior Tribunal de Justiça. Entende-se, no entanto, que referido desrespeito não se dá somente em relação à

Súmula (cujo teor, gize-se, não é vinculante); vai além, porquanto infringe o princípio constitucional da presunção de inocência, o princípio da vedação à dupla incriminação (*ne bis in idem*) e o princípio da secularização – tendo sido os dois últimos itens expostos no segundo capítulo desta monografia.

Tais violações foram localizadas em considerável parte dos julgados pesquisados, os quais, através de uma interpretação em *desconformidade constitucional*, consideram, para fins de valoração negativa do vetor antecedentes, por exemplo, representações criminais, inquéritos instaurados, inquéritos arquivados, indiciamentos, denúncias rejeitadas, processos judiciais em andamento ou encerrados, mesmo que com sentença absolutória ou extintiva de punibilidade.

Neste sentido é o teor do acórdão da Apelação Criminal nº 70047978051:

Com efeito, a certidão de antecedentes das fls. 226/227 revela, além de condenação definitiva, anterior à data do fato descrito na denúncia, caracterizadora da reincidência (019/2.05.0001549-7), a ser considerada na próxima fase, outra condenação do réu, ainda não definitiva (019/2.05.0039489-7) e mais um feito com denúncia recebida (019/2.09.0010030-0), ambas por fatos também anteriores ao aqui analisado, o que esta Câmara entende por antecedentes desfavoráveis.

Aqui é interessante destacar a expressão utilizada para fazer referência à condenação não transitada em julgado, qual seja, condenação “ainda não definitiva”. Ora, por que a condenação *ainda* não é definitiva? Quer dizer que o relator acredita que ela provavelmente se confirmará? Sabe-se que no direito penal há termos técnicos a designarem as situações da vida por ele tuteladas. Sendo assim, condenação sem trânsito em julgado seria, desde a tecnicidade, a maneira mais adequada para expressar a não definitividade de uma condenação, em respeito ao princípio constitucional da presunção de inocência.

Por outra via, encontrou-se acórdãos nos quais a valoração negativa dos antecedentes foi feita quando presente condenação criminal transitada em julgado. Na fundamentação, além da Súmula nº 444, do STJ, evocou-se, em alguns casos, o princípio da presunção de inocência. Cabe referir o seguinte trecho, extraído do julgamento da Apelação Criminal nº 70049638661 (grifo do autor):

Diversamente do entendimento do juízo singular, o denunciado não possui **antecedentes**. Para tanto, basta que se examine certidão das fls. 75-76. Nenhum dos registros ali constantes possui trânsito em julgado. Na verdade, são restritos a inquéritos policiais e ações penais em curso. Logo, considerá-los resulta na vulneração do enunciado da Súmula nº 444 do Superior Tribunal de Justiça. É dizer, da interpretação do verbete referido somente configuram antecedentes as condenações criminais transitadas em julgado que não configuram reincidência.

O relator da Apelação Criminal nº 70047607304 referiu, inclusive, que o conteúdo da Súmula está em conformidade com o princípio da presunção de inocência, nos seguintes termos:

Acerca dos antecedentes, compulsando a respectiva certidão de antecedentes judiciais do ora apelante [...] verifico que ele não ostentava, ao tempo do fato delituoso descrito na denúncia, uma condenação sequer. Registrava, entretanto, uma ação penal em curso (processo nº 040/2.08.0000200-4), dois inquéritos também em curso (processos nºs 066/2.07.0000475-6 e 070/2.03.0000723-2), os quais não podem ser valorados como antecedentes criminais por ferir o Princípio da Não Culpabilidade (Inocência), o que encontra respaldo na Súmula 444 do STJ.

Interessante notar, no acórdão referido a seguir, que o recurso de Apelação (nº 70049558349), interposto pelo Ministério Público, buscava unicamente a modificação do regime carcerário de início de cumprimento de pena estabelecido pela sentença *a quo*, semiaberto, para o fechado. O fundamento, segundo teor do acórdão, seriam as “condições pessoais do acusado”, mormente as circunstâncias judiciais do artigo 59, do CP, que, sob o ponto de vista do *Parquet*, devido à existência de duas sentenças penais condenatórias não transitadas em julgado e de uma denúncia oferecida contra o apelado, lhe seriam desfavoráveis. O recurso, ao final julgado improcedente, foi analisado e rebatido da seguinte maneira pelo relator do acórdão (grifo do autor):

[...] não há falar nos “antecedentes” do acusado, a ensejar sua condução ao regime fechado. Consoante o entendimento da Súmula nº 444 do Superior Tribunal de Justiça, “*é vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base*”. Assim, as duas sentenças condenatórias não transitadas em julgado e o processo pelo qual o réu foi denunciado, referidos pelo Ministério Público em seu apelo, não podem nem sequer agravar a pena-base, quanto mais serem determinantes na fixação do regime – caso contrário, implicaria ofensa ao princípio fundamental da presunção de inocência (art. 5º, LVII, da Constituição Federal).

#### 4.1.2. Conduta social e personalidade: apropriação do juízo sobre os antecedentes

Da análise dos julgados, percebe-se que, em diversos casos, os Desembargadores acabaram por transferir para a conduta social e/ou para a personalidade o juízo de censura que teriam realizado quando da análise dos antecedentes, apenas não o tendo feito porque *a mais balizada doutrina* ou *jurisprudência majoritária* entende que, diante da situação, assim não seria legítimo.

Esta ilegitimidade decorre, como visto anteriormente, de diversos fatores, tais como: vedação sumular sobre a utilização, com o objetivo de afastamento da pena-base do mínimo legal, de inquéritos policiais e ações penais em curso; prescrição de cinco anos por analogia

ao artigo 64, I, do CP, aplicada aos antecedentes; vedação à valoração de processos com fato ou trânsito em julgado posterior ao delito sob julgamento.

Sendo assim, alguns acórdãos transferiram aquilo que não poderia ser considerado para fins de negativização do vetor antecedentes para os vetores conduta social e/ou personalidade.

Neste sentido, destacam-se as Apelações Criminais da sequência:

Ao concreto, conforme certidão das fls. 51/52, verifica-se que o indigitado ostenta 1 condenação definitiva, por fato posterior, pelo cometimento de crime da mesma espécie – roubo. Registra, ainda, outros 3 processos em andamento, por roubo, roubo majorado e roubo duplamente majorado, 1 deles cometido antes do presente (2100018581-5).

**Tal situação pessoal vem a configurar, sem dúvidas, além de maus antecedentes, personalidade francamente inclinada ao cometimento de ilícitos penais.**

**No particular, enfatizo, conquanto a condenação definitiva e os processos em andamento, por fatos posteriores, não possam ser considerados como maus antecedentes, sob o ponto de vista técnico, porque não ANTECEDEM o processo que se está a julgar, servem a macular, com toda a certeza, a personalidade do agente, pela frequente incursão no mundo do crime.** (Apelação Criminal nº 70049487515, grifo nosso)

Conforme certidão das fls. 207 e v, verifica-se que, após a prática dos crimes ora julgados, o acusado tornou a delinquir, respondendo a outros 3 processos, pela prática dos crimes de estelionato e receptação.

Tal histórico configura, sem dúvidas, **personalidade francamente inclinada ao cometimento de ilícitos penais**, pelo frequente ataque ao patrimônio alheio.

**No ponto, destaco, emitir juízo de valor acerca, sobretudo da personalidade, ao efeito de fixação da pena básica, não viola qualquer princípio constitucional.**

É que a lei autoriza o magistrado a utilizar-se dos **elementos concretos colacionados aos autos**, possibilitando formar a sua convicção acerca da personalidade do agente.

Aqui, a vida anteaecta do réu, revelada pela certidão colacionada, com frequência no mundo do crime, no mínimo, dá conta de uma personalidade afeita ao crime, que deve pesar negativamente no primeiro momento do processo dosimétrico, a fim de fazer valer o princípio da individualização da pena. **O agente que, desde cedo, vem trilhando o caminho do crime, mostra-se propenso a nele prosseguir.**

[...]

Com esses contornos conceituais e com olhos voltados para a **intenção primeira do legislador**, quando definiu a personalidade como vetor significativo à dosimetria da pena, **busca-se formatar um perfil do agente, a partir de dados objetivos coletados nos autos**, para encontrar o apenamento justo e suficiente, **sem pretender a elaboração de um estudo psicológico do indivíduo, o que, aí sim, exigiria a interferência de experts.** (Apelação Criminal nº 70035472570, grifo nosso)



No acórdão a seguir exposto (Apelação Criminal nº 70048695050), nota-se que, além de considerar uma condenação não transitada em julgado e uma ação penal em curso para macular os antecedentes, o relator utilizou-se exatamente dos mesmos fundamentos para negativar também o vetor personalidade, incorrendo em gritante violação ao princípio do *ne bis in idem*.

O agente possui movimentada vida criminal, ostentando 2 condenações definitivas, por furto qualificado e roubo tentado, além de outra condenação provisória e 1 processo em andamento, ambos por roubo duplamente majorado, maculando a vetorial antecedentes.

Também o vetor personalidade é desfavorável ao réu, porque se revela propensa ao ilícito.

Em relação ao próximo caso (Apelação Criminal nº 70048012314, grifo nosso), vê-se que o relator do acórdão, ao rever o apenamento efetuado pelo juízo singular, além de considerar uma condenação provisória e uma ação penal em andamento para a valoração negativa dos antecedentes, utilizou os mesmos argumentos, agregados ao fato de o acusado ter cometido falta grave no cumprimento de outro processo, para negativar também a personalidade. Ao final, concluiu que o ora apelante possui *tendência delitiva, apesar de ser pessoa bem jovem*.

O que se vê da certidão colacionada às fls. 117/120, é que o réu registra 2 condenações definitivas por furto e roubo majorado, caracterizadoras da reincidência, além de outra, provisória, por roubo majorado, praticado anteriormente, bem como 1 processo em andamento por receptação, por fato anterior.

**Assim que, pelo menos pela condenação provisória e o processo em andamento, poder-se-ia valorar negativamente o vetor antecedentes.**

**Já a personalidade, em que pese tenha aqui a sentenciante levado em conta a vida pregressa do agente, pode ser também desvalorada, mas pelo fato de que o mesmo, quando do cometimento do delito em questão, estava foragido do sistema prisional, quando cumpria pena em regime semiaberto no INSTITUTO PENAL MARIANTE (informação de fl. 10).**

Inferre-se desse comportamento a **tendência delitiva**, que, evidentemente, está reproduzida na movimentada vida anteaacta do acusado, **apesar de ser pessoa bem jovem**.

No excerto abaixo, consta que, em relação a um dos apelantes, o relator do acórdão ratificou a valoração negativa da personalidade e da conduta social efetuada na sentença, nos seguintes termos (Apelação Criminal nº 70049363203):

[...] conduta social (desfavorável, pois **o acusado possui o comportamento avesso ao esperado pela sociedade, já que não trabalha e tampouco há notícias de que estude**) personalidade (deve ser considerada **desfavorável, pois, de acordo com os depoimentos dos policiais militares, o acusado praticou inúmeros delitos contra o patrimônio nesta Cidade**, o que vem evidenciado pela condenação no processo n.º 034/2.11.0001029-0, no qual o

acusado José Rudimar, em 26/08/2011, foi condenado à pena de dois anos e onze meses de reclusão pela prática do delito de furto qualificado.

Diante do exposto, vê-se que, em alguns julgados, faz-se uma transposição daquilo que seria utilizado para valorar negativamente os antecedentes, caso não existissem certas vedações (doutrinárias e/ou jurisprudenciais), diretamente a outras circunstâncias judiciais subjetivas, mormente a conduta social e a personalidade. Neste ponto, ainda, há que se atentar para o fato de que o texto da Súmula nº 444, do STJ, não especifica em relação a qual circunstância judicial está vedada a utilização de inquéritos policiais instaurados e ações penais em curso para agravar a pena-base. Ou seja, tal vedação não se restringe aos antecedentes, como mencionado em alguns acórdãos, dizendo respeito, em verdade, a todos os vetores do artigo 59, do CP.

#### 4.1.3. Incapacidade e ilegitimidade para a valoração da conduta social e da personalidade

Em contraposição aos julgados supra referidos, da pesquisa resultaram acórdãos cuja fundamentação declarava a incapacidade técnica e/ou a ilegitimidade de aferição, pelo juiz, dos vetores conduta social e personalidade, neutralizando, portanto, as suas apreciações.

Desta forma, destacam-se os seguintes acórdãos:

De outra banda, **a personalidade negativa do acusado foi afirmada por ser “distorcida e afeita ao delito”, sem que nos autos haja qualquer elemento técnico a respaldar referido entendimento.**

Tem-se que **para aferição da personalidade do agente deve ser considerada a índole da pessoa, seu caráter, o que não pode, s.m.j., ser aferido a partir tão-só da certidão de antecedentes do agente.** Tanto é assim, que dentre as elementares do art. 59 do CP já há a vetorial de antecedentes, ou seja, há um momento próprio para serem aferidos os antecedentes, não se confundindo com a personalidade do agente.

Por outro lado, **não consta do processo laudos técnicos que permitam aferir a personalidade do agente, o que faz com que referida elementar seja tida como neutra.** (Apelação Criminal nº 70043049857, grifo nosso)

Afirma Jorge Trindade que a personalidade, em sentido amplo, se refere às características que marcam a forma de ser de uma pessoa, individualizando-as das demais. A personalidade é, do ponto de vista biológico, um conjunto biopsicossocial dinâmico que possibilita a adaptação do homem consigo mesmo e com o meio, numa equação de fatores hereditários e vivenciais. Salienta o autor que **a personalidade está fundada numa construção, e não num grupo de características estanques e adquiridas pelo nascimento.** A personalidade, assevera o autor, **está em contínua transformação,** mesmo que as mudanças se tornem mais difíceis quanto mais duradouras e patológicas sejam as características.

De sua vez, no dizer de Kaplan, Sadock & Grebb, citado por Boschi, a personalidade é “a totalidade dos traços emocionais e comportamentais que caracterizam o indivíduo em sua vida cotidiana, sob condições normais”.

**Sob tal enfoque, força é constatar-se que não há subsídios que permitam a emissão de juízo crítico sobre a personalidade do réu. Na conduta social são examinadas as peculiaridades inerentes à inserção do indivíduo em sociedade, ou seja, ao seu relacionamento com a família, com os amigos, colegas e vizinhos, dentro da comunidade em que vive. Entretanto, este processo não contém qualquer prova a respeito de como se comporta o réu no grupo social em que está inserido, razão pela qual reputo inviável considerar-se tal baliza desfavorável àquele.** (Apelação Criminal nº 70049633134, grifo nosso)

Imperioso mencionar o teor do acórdão da Apelação Criminal nº 70049638661 (grifo nosso), o qual se encontra em absoluta conformidade com o princípio da secularização e com seus preceitos:

Ademais, a personalidade e a conduta social do agente não podem ser negativamente valoradas. Com efeito, a Carta Magna consagra como direito inviolável do cidadão sua intimidade e vida privada (art. 5º, X, da Constituição Federal), de modo que **não pode o magistrado adentrar na esfera de autonomia moral da acusada, mormente na aplicação de sanção restritiva da liberdade.**

**O Direito Penal do Estado Democrático de Direito, de modelo liberal garantista, está adstrito a reprimir condutas lesivas a bens jurídicos legalmente protegidos, de maneira que deve ter sua base axiológica e empírica – distinguindo direito de moral, como ensina Luigi Ferrajoli, em homenagem ao princípio da secularização. Assim, os agentes que incorrem em condutas tipificadas como crime respondem somente por estas (a ação), e não por características intrínsecas a sua pessoa – em suma, cuida-se de “Direito Penal do Fato” e não de “Direito Penal do Autor”.**

Bem assim é o quanto exarado no acórdão da Apelação Criminal nº 70048584080 (grifo nosso), no qual, inclusive, o relator traz aos fundamentos a teoria direito penal do inimigo:

Merecem reparos, entretanto, as reprimendas aplicadas pelo Julgador Monocrático, e tanto se deve ao fato de que, quando da fixação da pena-base para os três delitos, **a personalidade do réu foi considerada como sendo “voltada à prática de crimes”** (sentença, fls. 167-182v) – visto que Clayton ostenta condenação criminal, nos termos da certidão de fls. 165-166.

Contudo, e na esteira do já destacado anteriormente, **tal condenação refere-se a fato praticado anos depois dos furtos ora em questão.**

**Considerar que conduta mais recente eleve a pena de fato cometido dois anos antes, em razão de uma suposta “personalidade voltada ao crime”, seria prática que muito se aproximaria à idéia de direito penal do inimigo – teoria que pune o criminoso pelo que ele “é”, em oposição à teoria por nós abarcada, qual seja, a do direito penal fato, que pune o criminoso pelo que ele “fez”.**

Exigem-se elementos outros, todos eles concretos, que apontem para fatores pessoais efetivamente negativos – o que não ocorreu no presente caso.

Outro caso interessante de ser destacado é o que se coloca adiante, onde o Desembargador retificou o afastamento efetuado em primeiro grau pela consideração negativa da conduta social em razão de o acusado ser usuário de drogas. Neste caso, tem-se que também não cabe ao magistrado emitir juízo de valor sobre o que as pessoas fazem ou deixam de fazer de suas vidas particulares, apenas sobre eventual ação típica, antijurídica, culpável e punível.

Com efeito, **a magistrada singular exasperou a pena-base em 10 meses por entender negativa a “conduta social” do réu, tão-somente pelo fato de ele ser usuário de drogas, com o que não concordo.**

Ora, o fato de o réu ser usuário de drogas certamente faz mal a si mesmo e - quando muito - à sua própria família, não afetando (salvo prova em contrário, não acostada aos autos) diretamente comunidade da qual faz parte, de modo que a sua conduta social não pode ser negativamente por tal circunstância. (Apelação Criminal nº 70049695034)

Diante da amostra pesquisada, é possível inferir que, nos termos daquilo que foi exposto anteriormente, os julgados por último expostos, quais sejam, os do presente ponto, mostram-se mais aproximados a um direito penal de garantias e em consonância com o princípio da secularização, do que os do ponto anterior, os quais encontram respaldo em um direito penal do autor.

## 5. Conclusões

A partir da realização desta pesquisa, foi possível perceber que a previsão legal de que o juiz, quando da aplicação da pena-base, deva valorar os antecedentes, a conduta social e a personalidade do acusado, abre margem a arbitrariedades indesejadas em um Estado que se pretenda Democrático de Direito.

Percebeu-se que tais dispositivos acabam, em verdade, reforçando o contexto nacional de criminalização e *prisionização* da pobreza, pois permitem que o juiz, sujeito ativo do processo de criminalização secundária, avalie o modo de ser daquele que sofre a perseguição penal, e não a sua conduta.

É o que se viu em diversos dos julgados pesquisados, nos quais o discurso do ator jurídico *juiz* (de segunda instância, no caso) restou em desconformidade com o direito penal do fato. À luz do garantismo penal, um dos marcos teóricos adotados no trabalho, pôde-se entender que tais acórdãos violam o Estado Democrático de Direito constitucionalmente assegurado.

Em contrapartida, afloraram decisões que primam pelas garantias constitucionais, indo ao encontro do quanto se defendeu no curso da monografia. Desta forma, em alguns

acórdãos, os Desembargadores refutaram qualquer valoração moral sobre a pessoa acusada, entendendo ser ilegítima tamanha invasão na esfera da individualidade; em outros, o colegiado se declarou incapacitado ou inabilitado para exprimir juízo de censura nos moldes do que, tecnicamente, significariam cada uma das circunstâncias.

Assim, a partir deste trabalho, concluiu-se que os antecedentes, a conduta social e a personalidade, enquanto circunstâncias judiciais a serem valoradas na medição da pena, merecem ser expurgadas do Código Penal, pois não passam de meros resquícius inquisitoriais em que se ignora, sobretudo, o princípio da secularização.

## **Referências**

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: Introdução à Sociologia do Direito Penal. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução Crítica à Criminologia Brasileira**. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BECKER, Howard. **Outsiders**: Estudos de Sociologia do Desvio. 1ª ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal**: Vol. 1: Parte Geral. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das Penas e Seus Critérios de Aplicação**. 5ª ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da Pena e Garantismo**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CARVALHO, Amilton Bueno de. **Eles, os Juízes Criminais, Vistos por Nós, os Juízes Criminais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CARVALHO, Salo de. **Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro**: (Fundamentos e Aplicação Judicial): Vol I. 2012. prelo.

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia**: O Homem Delinquente e a Sociedade Criminógena. Coimbra: Coimbra, 1992.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: Teoria do Garantismo Penal. 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GOFFMAN, Erving. **Manicômios, Prisões e Conventos**. São Paulo: Perspectiva, 2010.

HASSEMER, Winfried. **Introdução aos Fundamentos do Direito Penal**: (Einführung in die Grundlagen des Strafrechts). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da Pena**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

OLIVEIRA, Rodrigo Moraes de. **Fatores Subjetivos na Medição da Pena**: Uma Abordagem Crítica. 1999. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 1999.

QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal**: Parte Geral. 6<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

REALE JR., Miguel et al. **Penas e Medidas de Segurança no Novo Código**. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

REALE JR., Miguel. **Instituições de Direito Penal**: Parte Geral. 3<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

ROSA, Alexandre Morais da. **Decisão no Processo Penal como *Bricolage* de Significantes**. 2004. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2004.

ROSA, Alexandre Morais da. **Garantismo Jurídico e Controle de Constitucionalidade Material**. Florianópolis: Habitus, 2002.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Teoria da Pena**: Fundamentos Políticos e Aplicação Judicial. Curitiba: ICPC: Lumen Juris, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**: Uma Exploração Hermenêutica da Construção do Direito. 2<sup>a</sup> ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

STRECK, Lenio Luiz. **Tribunal do Júri**: Símbolos e Rituais. 3<sup>a</sup> ed. rev. mod. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**: Volume 1: Parte Geral. 9<sup>a</sup> ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. **O Inimigo no Direito Penal**. 3<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.