

A SUFICIÊNCIA COMO BALIZA À SUBSTITUIÇÃO DAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE

Alexey Choi Caruncho

Marion Bach

RESUMO

O artigo se propõe a analisar a valoração do critério de suficiência quando das substituições das penas privativas de liberdade por restritivas de direitos. Num primeiro momento, elabora-se um estudo do vínculo que o tema possui com a exigência de proporcionalidade no uso da potestade punitiva, buscando responder ao por quê da suficiência do reproche servir de baliza na substituição de penas. A partir daí, enfrenta-se a questão relacionada aos elementos que devem ser apreciados na aferição da suficiência de uma sanção penal, particularmente no momento da definição da substituição das penas privativa de liberdade por restritivas de direito. A título de considerações finais, verifica-se o tratamento desta temática pelo ordenamento penal brasileiro, particularmente para fins de identificar se ele comporta a interpretação trazida ou, pelo contrário, exigiria uma alteração legislativa.

PALAVRAS CHAVE

Penas restritivas de direito, suficiência, proporcionalidade

TITLE

The sufficiency judgment in the use of intermediate penal sanctions

ABSTRACT

The paper seeks to analyze the study of the sufficiency judgment in the use of intermediate penal sanctions. At first, we studied the relationship that the subject has with the proportionality, seeking an answer to why the sufficiency of reproach serve as a guideline in the intermediate penal sanctions. From there, the paper faces the

question related to the elements that must be considered in determining the sufficiency of criminal penalties, particularly when defining the use of intermediate penal sanctions. As a final consideration, we study the treatment of this issue by the Brazilian criminal law, particularly for the purpose of assessing whether it involves the interpretation that we brought or it would require a legislative amendment.

KEY WORDS

Intermediate penal sanctions, sufficiency judgment, proportionality

Em 29 de setembro de 2006, o Boeing 737-800 da companhia Gol Transportes Aéreos S.A., que realizava o voo nº 1907, havia decolado do Aeroporto Internacional Eduardo Gomes, em Manaus, com destino ao Aeroporto Internacional do Galeão, no Rio de Janeiro. Enquanto sobrevoava o espaço aéreo do Estado de Mato Grosso, porém, colidiu no ar com o jato Legacy 600, da Embraer.

Pela forma do ocorrido, todos os 154 passageiros e tripulantes a bordo do Boeing morreram após a aeronave se despedaçar no ar e cair em uma área de difícil acesso. Apesar de ter sofrido danos graves na sua fuselagem, o jato executivo, que tinha como piloto e copiloto, respectivamente, Joseph Lepore e Jan Paul Paladino, conseguiu pousar em segurança na base Aérea do Cachimbo.

Tal evento continua sendo, ainda hoje, o mais mortífero da história da aviação do país, tendo sido investigado pela Força Aérea Brasileira, pelo Centro de Investigação e Prevenção de Acidentes Aeronáuticos e pelo *National Transportation Safety Board*¹.

Antes mesmo do término das investigações extrajudiciais, piloto e copiloto seriam denunciados pelo Ministério Público Federal por terem, cada qual na medida de sua responsabilidade, dado causa à tragédia que acarretou a morte das pessoas a bordo da aeronave comercial. Em essência, em relação a eles, a imputação lastreou-se na prática da conduta imprudente de haver mantido desligado um dispositivo do jato por eles comandado, chamado *transponder*², o que teria sido determinante para a fatídica colisão.

Em maio de 2011, ambos foram condenados a uma pena privativa de liberdade de 04 anos e 04 meses de detenção em regime semiaberto, substituída por duas penas restritivas de direito, consistentes na proibição do exercício da profissão e na prestação de serviços à comunidade³. Na fase recursal, o Tribunal Regional Federal da 1^a Região entendeu pela diminuição da pena privativa de liberdade para 03 anos, 01 mês e 10 dias de detenção em regime aberto, ressaltando, porém, a

¹ Malgrado seja estranha a este estudo a análise da imputação então procedida, é válido recordar que, enquanto o relatório final publicado pelo CENIPA, em dezembro de 2008, concluiu que o ocorrido se dera por erros cometidos tanto pelos controladores de tráfego aéreo, quanto pelos pilotos do Legacy, o relatório do NTSB, distintamente, concluiu que os pilotos de ambas as aeronaves teriam agido de forma regular, tendo sido colocados em rota de colisão por uma série de erros dos controladores de tráfego aéreo.

² O *transponder* corresponde a um transmissor de rádio frequência, localizado na cabine das aeronaves, que se comunica com o controle de tráfego aéreo. Entre outros dados contém a identificação da aeronave, sua velocidade, altitude e posição, sendo por isto essencial para o controle efetivo do tráfego aéreo.

³ A condenação foi pela prática do crime de atentado contra a segurança de transporte aéreo (CP, art. 261), sendo-lhes aplicada a pena do homicídio culposo, aumentada de um terço (CP, art. 121, § 3º), nos termos do previsto nos artigos 263 e 258 do Código Penal.

inadmissibilidade de sua substituição por penas restritivas de direito, já que estas “*não seriam suficientes e adequadas no caso concreto*”. Em seu voto, o Desembargador Federal Tourinho Neto lastreou-se no parecer que instruiu as razões de apelo da assistência do Ministério Público perante aquele Tribunal, no qual se enfrentava, precisamente, a impossibilidade da substituição da pena privativa de liberdade imposta, por entender-se que as penas substitutivas, *in casu*, *não seriam suficientes para a reprovação do crime*. Referido parecer, ao seu tempo, foi elaborado por nosso homenageado, Prof. René Ariel Dotti, e enfrentou tema pouco explorado pela doutrina pátria, despertando por isto nossa atenção no presente estudo.

1. INTRODUÇÃO

Dentre as inúmeras abordagens de natureza material e processual que o evento noticiado dá ensejo, este estudo elegeu tão só uma questão afeta à teoria da pena, mais precisamente àquela que diz respeito à exigência de um certo grau de reprovação numa dada sanção penal.

Com efeito, embora não se desconheça que reflexos do caso noticiado, ainda hoje, se encontram *sub judice*⁴, toma-se como referência as distintas interpretações que até aqui foram efetuadas, em relação à *pertinência de ser devida a valoração de um critério de suficiência quando das substituições das penas privativa de liberdade por restritivas de direitos*. O enfrentamento deste questionamento corresponderá à primeira parte de nosso estudo (Item 2), oportunidade em que ganhará relevo a verificação da grande superficialidade com que esse tema costuma ser tratado pela doutrina nacional, olvidando-se particularmente do estreito vínculo que ele possui com a exigência de proporcionalidade no uso da potestade punitiva dentro de um Estado que pretenda intitular-se democrático de direito.

Na sequência, em restando compreendido o fundamento do critério da suficiência para a fixação de qualquer tipo de reproche estatal, nos parece oportuno enfrentar uma segunda e inevitável questão. Interessará saber *quais são os elementos que devem ser apreciados na aferição da suficiência de uma sanção penal*,

⁴ Para a análise detalhada da movimentação processual e de todas as questões ainda pendentes de interpretação judicial definitiva em relação ao caso, confira-se: TRF 1^a Reg. ACR 0000384-67.2011.4.01.3603/MT, bem como 0002368-28.2007.4.01.3603.

particularmente no momento da definição da substituição das penas privativa de liberdade por restritivas de direito. Esta indagação (Item 3) nos levará a verificar se apenas circunstâncias fáticas devem ser valoradas neste momento ou também deve ser exigida uma apreciação àquelas de natureza subjetiva, vinculadas à pessoa do sentenciado.

Chegado neste ponto – isto é, verificado o *por quê* da suficiência do reproche servir de baliza na substituição das penas privativa de liberdade por restritivas de direito (2) e devidamente analisado *como* deve ser efetuada esta valoração de suficiência (3) –, a título de considerações finais, estaremos autorizados à uma verificação relacionada ao tratamento desta temática pelo ordenamento penal brasileiro, particularmente para fins de aferir se ele comporta a interpretação aqui trazida ou, pelo contrário, dependeria de uma alteração legislativa (Item 4).

Este, portanto, o plano do estudo que se propõe para fins de despertar a necessária atenção que o uso estatal desta parcela da potestade sancionatória demanda.

2. O FUNDAMENTO DA AFERIÇÃO DA SUFICIÊNCIA NA SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITO

Há muito tornou-se lugar comum verificar que o cumprimento de uma pena privativa de liberdade pode chegar a produzir efeitos devastadores no apenado, sendo empiricamente, porém, ainda incertas suas pretensões ressocializadoras⁵. Tal situação, quando vista sob a perspectiva dos elevados custos do sistema prisional, desfaz qualquer pretensão de eficiência que esse sistema pudesse ter, apontando para sua enorme debilidade⁶.

Este contexto fez com que, na maior parte dos ordenamentos penais, fossem incluídos institutos voltados a evitar o encarceramento de sentenciados e a permitir sua saída do sistema prisional antes do integral cumprimento da pena⁷.

⁵ Por todos e pelo pioneirismo, confira-se MARTINSON, Robert. "What works? Questions and answers about prison reform". *The Public Interest*, v. 35, p. 22–54, 1974. Na nossa doutrina, ainda figura como referência, BITENCOURT, Cezar R. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. 3^a ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

⁶ Para um panorama do contexto político-econômico que, a partir da década de setenta do século passado, levaria à uma mudança de paradigma nas políticas públicas e, consequentemente, na política criminal, confira-se ANITUA, Gabriel I. *Histórias dos pensamentos criminológicos*. Rio de Janeiro: Revan, 2008, Capítulo X; X.1.

⁷ Para uma análise do complexo contexto que justificaria uma ampla implantação da prestação de serviço à comunidade como pena substitutiva às penas de curta duração, confira-se BRANDARIZ GARCÍA, J. A. *La sanción penal de trabajos en beneficio de la comunidad*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009, em especial pp. 31-44 e 63-103.

Tais institutos, no entanto, só podem ser devidamente compreendidos quando estudados a partir de considerações relacionadas à *aferição da suficiência* da sanção penal. E para isto, é essencial que, desde um primeiro instante, seja percebido que o pano de fundo da questão repousa na busca de uma *pretensão de proporcionalidade*, pois é esta quem poderá conduzir à almejada concepção de *ultima ratio* também das intervenções penais sancionatórias. Afinal, há de se compreender que a restrição de liberdade que a pena privativa de liberdade implica deve estar reservada tão só àqueles casos nos quais os instrumentos menos agressivos de reproche estatal não tenham se mostrado como suficientes para a reprevação e prevenção de delitos⁸.

Nos conforta identificar que, dentro do marco dos Estados de direito, essa *pretensão de proporcionalidade* figura como um princípio básico da potestade estatal sancionadora, entendida como potestade para restringir direitos fundamentais⁹. Afinal, se esses direitos são manifestação da dignidade da pessoa e expressão máxima dos valores de um sistema democrático de legitimação do Estado, soa como natural aceitar que sua restrição sempre acabará sugerindo uma tendência de colisão, ao menos, parcial entre seus respectivos conteúdos¹⁰. Que esta colisão deva ser racionalmente resolvida em prol de uma solução mais vantajosa é, precisamente, o que busca toda a análise da proporcionalidade¹¹.

A proporcionalidade derivaria, por assim dizer, do reconhecimento desta colisão entre os direitos fundamentais que, na seara penal, sempre se mostra presente. É que tanto a previsão normativa de uma pena, quanto sua imposição impactam

⁸ Neste sentido, MUÑOZ CONDE, F.; GARCÍA ARÁN, M. *Derecho penal: parte general*. 8^a ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 568, ao afirmarem que “una política criminal orientada a la sustitución de las penas cortas de prisión por reacciones penales de distinta naturaleza se basa fundamentalmente en una concepción del Derecho penal como *ultima ratio*”.

⁹ LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A. “Cuándo penar, cuánto penar”. In: LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A.; RUSCONI, M. (Eds.). *El principio de proporcionalidad penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2014. p. 285–328. Não se desconhece que ALEXY se propõe a desenvolver uma teoria dos direitos fundamentais – que, em definitivo, viria a servir de base à concepção de proporcionalidade – especificamente para o ambiente germânico (ALEXY, R. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 12). No entanto, como bem acentua LOPERA MESA, algumas de suas idéias centrais, referentes à própria estrutura normativa dos direitos fundamentais, oferece um ponto de partida seguro que, com as devidas matizações, pode ser utilizado para a construção de teorias em outros sistemas que comportem a cultura jurídica própria do constitucionalismo contemporâneo (LOPERA MESA, G. P. *Principio de proporcionalidad y lei penal: Bases para un modelo de control de constitucionalidad de las leyes penales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, p. 100, nota 71).

¹⁰ Embora não se desconheça que, no âmbito da teoria do direito, exista uma dicotomia entre as posições “conflictivas” e “de coerência” em relação aos direitos fundamentais, parte-se aqui das premissas assumidas pelas primeiras delas. Para um aprofundamento, confira-se LOPERA MESA, G. P. *Principio de proporcionalidad y lei penal: Bases para un modelo de control de constitucionalidad de las leyes penales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, em especial, Cap. II, Item II, 2.

¹¹ No mesmo sentido, LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A.; RUSCONI, M. (Dir.). *El principio de proporcionalidad penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2014, p. 16.

diretamente sobre um direito fundamental para proteger outros direitos merecedores de tutela penal. Tal constatação nos autoriza a uma inicial conclusão de que a grave afetação de direitos básicos que supõe toda e qualquer pena só estará admitida quando ausente uma *manifesta desproporcionalidade*¹².

Daí a importância de uma exata delimitação e compreensão dos *critérios* que devem ser respeitados para que um reproche estatal possa ser efetivamente reconhecido como *não manifestamente desproporcional*. Afinal, são eles que, em nosso entender, haverão de conduzir à *aferição de suficiência* de uma dada sanção penal e, consequentemente, servirão de fundamento à própria identificação de *suficiência na substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direito*.

Na atualidade, se mostra cada vez mais pacificado que a proporcionalidade de toda medida restritiva de direito fundamental deve ser mensurada através de uma análise sucessiva que envolva, inicialmente, um *estudo da idoneidade da restrição*; num segundo momento, deve-se exigir um *estudo da necessidade da medida restritiva tida por idônea*; e só, finalmente, é que haverá um *estudo da exigibilidade desta mesma restrição, entendida sob a perspectiva de uma proporcionalidade em sentido estrito*¹³. Ou seja, dentro de um sistema de liberdades e direitos fundamentais, é essencial que a privação de quaisquer direitos por parte do poder público se apresente como um recurso *idôneo, imprescindível e sempre vantajoso para a preservação* destes direitos¹⁴. É que serão, precisamente, estes *três subcritérios* que nos vão assegurar que uma dada medida restritiva de direito deve ou não ser entendida como *desproporcional*¹⁵. São eles que, por isto, ainda que de forma introdutória, também devem merecer nossa atenção para fins de investigar a *suficiência da resposta penal*, quando na condição de critério de valoração da

¹² Como ocorre com todos os princípios políticos e jurídicos, também a proporcionalidade não é de fácil concreção, sendo por isto comprehensível que os Tribunais Constitucionais sejam resistentes em declarar a inconstitucionalidade de certa lei ou de sua aplicação, salvo em casos de evidente desproporcionalidade. A advertência é de Santiago Mir Puig, ao prologar LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A.; RUSCONI, M. (Dirs.). *El principio de proporcionalidad penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2014, p. 14. Para uma análise da evolução da jurisprudência espanhola a respeito deste princípio, cf. GONZÁLEZ BEILFUSS, M. *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Cizur Menor: Editorial Aranzadi, 2003.

¹³ Este trabalho tem por premissa uma concepção ampla de *proporcionalidade*, não se referindo a uma mera *exigência de adequação entre a gravidade da pena e do delito*, como seria próprio de uma concepção estrita. A respeito desta distinção, confira-se LOPERA MESA, G. P. *Principio de proporcionalidad y lei penal: Bases para un modelo de control de constitucionalidad de las leyes penales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, Cap. III.

¹⁴ LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A. "Cuándo penar, cuánto penar". In: LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A.; RUSCONI, M. (Eds.). *El principio de proporcionalidad penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2014. p. 286.

¹⁵ Neste particular, confira-se BERNAL PULIDO, Carlos. "Proporcionalidad, derechos fundamentales y ley penal". In: LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A.; RUSCONI, M. (Eds.). *El principio de proporcionalidad penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2014. p. 93-117.

possibilidade da substituição de uma pena privativa de liberdade por restritivas de direito.

2.1 Os subcritérios da proporcionalidade como referência à proibição de excesso

No contexto atual, é bastante corrente aceitar-se que a previsão legal de delitos e de suas respectivas sanções sempre implica numa limitação de direitos fundamentais que, por isto, necessariamente, haverá de estar sujeita a um controle estranho ao da discricionariedade absoluta do legislador. Ainda que a Constituição não tenha definido, *ab initio*, o conteúdo da legislação penal e que exista uma ampla margem para o legislador atuar conforme as circunstâncias sociais, políticas e econômicas, esta tarefa deve estar justificada e a pena a ser prevista para os casos de desvio deve guardar uma *proporção* com a proteção dos direitos que justifique sua imposição. Devendo os direitos fundamentais serem interpretados da forma mais ampla possível, o consectário lógico parece estar em que aquela margem de atuação do legislador penal não seja, jamais, excessiva. Vige, se afirma, uma *proibição de excesso* em toda e qualquer atividade legislativa e serão, exatamente, os subcritérios da proporcionalidade que vão buscar responder à indagação a respeito da forma pela qual deve ser efetuado este *controle de proporcionalidade*, compatibilizando-o com a margem do atuar legiferante. Em definitivo, na sua variante da proibição de excesso, tal qual anunciado, a proporcionalidade estará conformada pelos subprincípios da *idoneidade*, *necessidade* e *proporcionalidade em sentido estrito*.

Através do *primeiro* destes subcritérios (*idoneidade*), exige-se que as limitações dos direitos fundamentais, que supõe toda e qualquer sanção estatal, devam *contribuir para alcançar um fim ou um objetivo legítimo*. Embora abstratamente este subcritério seja de fácil conceituação, concretá-lo não é tarefa simples, particularmente na seara sancionadora. É que a afirmação de que um meio deve ser idôneo à consecução de um fim para ser admissível no Estado de direito implica, necessariamente, na questão relacionada às consequências da intervenção do Direito penal. Uma questão, diga-se, que carece de sentido enquanto não se estabeleça com precisão os próprios fins e funções do Direito penal. É que a aferição da idoneidade do meio jurídico penal está inevitavelmente relacionada à

definição de um posicionamento teórico a respeito da própria função, no nosso caso, da pena, a saber: se está ela voltada à proteção de bens jurídicos, à confiança na norma, a fins de reinserção ou de intimidação da atuação jurídico-penal, se almeja-se ou não a persecução de consequências simbólicas ou comunicativas do Direito penal para a sociedade, etc.¹⁶. Assim, para obter-se uma concretude mínima na *aferição da idoneidade*, forçoso será o aprofundamento em relação ao estágio atual desta questão, o qual será efetuado no estudo trazido pelo item 3 deste trabalho, ocasião em que terá relevo tanto uma concepção retributiva da pena, quanto sua concepção preventiva.

O segundo subcritério da proporcionalidade que baliza a proibição de excesso é o da *necessidade*, exigindo que toda limitação de um direito fundamental efetuada pela pena seja a mais benigna dentre os meios que tenham, ao menos, a mesma idoneidade para alcançar o fim legítimo perseguido. Ou seja, havendo igual idoneidade dos meios, deverá ser escolhido *aquele menos lesivo para o afetado*.

Como se vê, a *necessidade* se reformula em conceitos jurídico-penais como a *ultima ratio*¹⁷. E será, precisamente, por isto que, no âmbito deste trabalho, assumirá o subcritério da *necessidade* especial relevância. E isto, particularmente, quando observado a partir da posição residual que deve ser assumida pelas penas privativas de liberdade, conforme teremos ocasião de nos aprofundar no item já referido.

Por fim, o terceiro e último subcritério é o da *proporcionalidade em sentido estrito*, que exige que toda limitação de direito fundamental contribua para alcançar o fim que se propõe num grau que justifique o nível no qual se restringe o direito fundamental. Traduzido como *exigibilidade*, este subcritério marca os limites de todas as intervenções que tenham superado os dois primeiros níveis e, portanto, tenham sido considerados *idôneos* e *necessários*. O que se tem, assim, é um subcritério que acaba por exigir que a concepção de proporcionalidade dependa, na verdade, da existência de uma *relación proporcional entre fins e meios*. Como se nota, aqui se dá uma comparação entre duas graduações: àquela da *afetação do direito fundamental* e à da *realización do fim da medida* examinada¹⁸.

¹⁶ Este alerta, é de HASSEMER, Winfried. “El principio de proporcionalidad como límite de las intervenciones jurídico-penales”. In: LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A.; RUSCONI, M. (Eds.). *El principio de proporcionalidad penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2014. p. 275–284, em especial, p. 276.

¹⁷ *Ibidem*, p. 277.

¹⁸ Para a exata compreensão desta atividade comparativa, é essencial a referência a ALEXY, Robert. *Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2004.

No intuito de evitar a exagerada abstração e a ampla margem de subjetividade que esse subcritério poderia supor, no âmbito penal, servem de referência duas ordens de análises para levar a cabo uma identificação da proporcionalidade em sentido estrito. Com efeito, num primeiro momento, ganha grande importância a *análise da gravidade da consequência jurídica* prevista para a prática delituosa. Uma atividade, porém, que não depende apenas da *relevância do bem ou do direito ofendido*, senão também da *extensão da própria ofensa*¹⁹. Quanto mais grave o delito, mais ele afeta ao bem protegido e, portanto, maior deve ser a proteção legislativa e a pena a ser imposta²⁰. Num segundo momento, assume relevância a *análise do grau de culpabilidade*, de modo a fazer com que quando maior seja a culpabilidade, maiores razões existam para que a conduta seja proibida e sancionada com uma pena mais severa²¹. O aprofundamento de ambas perspectivas, igualmente, será objeto de nosso estudo no item 3 deste trabalho.

2.2 A proporcionalidade sob a vertente da proibição de uma proteção insuficiente

A argumentação até aqui apresentada parece encontrar um razoável consenso no atual estágio dos Estados de direito. Afinal, de forma cada vez mais rotineira, se assiste à exigência de uma forma de controle da irracionalidade e do arbítrio do legislador, vedando-lhe ir além do necessário quando da imposição de limites ao exercício de direitos fundamentais. Em certa medida, não seria exagerado dizer que esta forma de *controle negativo* é da essência da própria gênese da idéia de proporcionalidade. É que, de certa forma, esta idéia sempre esteve vinculada à própria *concepção instrumental do Direito*.

De fato, próprio do pensamento ilustrado, foi a partir dessa concepção que o Direito passou a ser visto como um *instrumento útil* aos particulares e à sociedade, compreendendo-se que a aplicação de meios jurídicos só seria legítima se se

¹⁹ LOPERA MESA, G. P. *Principio de proporcionalidad y lei penal: Bases para un modelo de control de constitucionalidad de las leyes penales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, p. 174.

²⁰ BERNAL PULIDO, Carlos. "Proporcionalidad, derechos fundamentales y ley penal". In: LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A.; RUSCONI, M. (Eds.). *El principio de proporcionalidad penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2014. p. 93-117, em especial, p. 112.

²¹ *Ibidem*, p. 113.

apresentasse como *necessária ao atingimento das finalidades* estatais e desde que existisse uma *relação proporcional* entre fins e meios²².

Esta ordem de idéias é própria da afirmação da *liberdade como um direito natural do indivíduo*, que aceita limitação, mas jamais uma completa exclusão. Mesmo a limitação admitida só deve ocorrer nos casos estritamente *necessários* e na medida em que seja *imprescindível* para garantir os direitos dos demais ou as exigências do bem comum. Assim, o exercício da liberdade como *regra*, enseja uma perspectiva de que a sua restrição é e deve ser vista como uma exceção, que só estará justificada diante da *necessária proteção* de outros direitos relevantes.

É precisamente nisto que estaria o substrato ideológico sobre o qual se assenta a proporcionalidade referida até aqui. E, com isto, figuraria como previsível que a proporcionalidade tivesse seu inicial desenvolvimento, justamente, no âmbito do exercício do *poder de polícia*, decorrendo da imprescindibilidade da existência de um contrapeso à ampla discricionariedade admitida no uso da potestade sancionatória afeta ao setor das atividades administrativas relacionadas à limitação da liberdade e da propriedade dos indivíduos em favor da *manutenção da segurança e da ordem pública*²³. Com efeito, de acordo com esta concepção - da proporcionalidade vista como um *limite jurídico ao poder de polícia* - , resta bastante evidenciada a distinção entre as intervenções próprias de uma *função estatal de defesa* (essencialmente *negativas*), daquelas orientadas a uma *finalidade promocional (positivas)*. A proporcionalidade, com isto, passaria a encontrar, exatamente, no poder de polícia seu espaço de atuação natural²⁴.

Há de se notar, entretanto, que, a partir das sucessivas transformações pelas quais passaria o poder de polícia e seu contexto de atuação - inclusive, como resultado da

²² Neste sentido, LOPERA MESA recorda que “la secularización de la política, la ruptura con toda justificación teleológica o trascendente del poder, característica del pensamiento ilustrado, sentará las bases para la afirmación de una concepción instrumental del derecho y del estado, concebidos como un puro artificio humano puesto al servicio de finalidades igualmente humanas: la seguridad, la paz, la defensa de los derechos naturales, la búsqueda de la felicidad – según expresaban las distintas versiones del contractualismo – serán los fines que justifiquen la existencia del estado y sólo en función de ellos será legítimo el ejercicio del poder” (LOPERA MESA, G. P. *Principio de proporcionalidad y lei penal: Bases para un modelo de control de constitucionalidad de las leyes penales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, p. 31). Para um preciso panorama da origem da concepção de proporcionalidade, confira-se LOPERA MESA, G. P. *Ibidem*, em especial, Cap. I, I.

²³ Sobre o contexto histórico que demonstra o vínculo entre o direito de polícia prussiano e a ideação do princípio da proporcionalidade, cf. LOPERA MESA, G. P. *Principio de proporcionalidad y lei penal: Bases para un modelo de control de constitucionalidad de las leyes penales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, p. 33 e ss.

²⁴ Já é clássica, neste particular, a expressão coloquial de Fritz Fleiner de que “la policia no debe andar a cañonazos contra los gorriones” (FLEINER, F. *Instituciones de Derecho Administrativo Alemán*. Barcelona: Labor, 1933, p. 324).

crescente expansão das atividades estatais decorrentes do surgimento do Estado social -, surgiria um cenário de progressiva expansão do princípio da proporcionalidade a todas aquelas atividades administrativas que incidem na liberdade e propriedade dos indivíduos, estivessem elas orientadas à função de manutenção da segurança e ordem pública, ou ao exercício de *intervenções estatais na economia, no planejamento, na prestação de serviços e nas demais áreas* características de um Estado social²⁵.

Este recorte histórico e sociológico nos parece oportuno, pois é, precisamente, a partir dele que se pode identificar o âmbito distinto sobre o qual passou a se assentar a concepção da proporcionalidade desde então. É que, agora, a proporcionalidade também supõe aceitar que dos direitos fundamentais decorre uma pretensão de que o legislador garanta esses direitos na maior medida possível. Isto quer dizer que, *ao menos em princípio*, a existência de direitos fundamentais impõe ao legislador um atuar voltado a favorecer a proteção de seu objeto normativo. Daí a referência à chamada *proibição de uma proteção ineficiente*, pois o que se busca é verificar se as omissões legislativas podem implicar em violações aos direitos fundamentais cuja efetividade se desejava garantir²⁶.

Observe-se, porém, que também aqui a *afeição da proporcionalidade da omissão legislativa* estará lastreada nos mesmos subprincípios já mencionados. No âmbito penal e para os fins do presente estudo, terá relevo, particularmente, a perspectiva do *subprincípio da necessidade*. Isto porque, será por meio dele que poderemos aferir se a existência de consequências sancionatórias alternativas para uma dada conduta delituosa mostra-se como uma resposta *suficiente* para obter a finalidade punitiva. O aprofundamento desta problemática, de qualquer forma, será objeto dos tópicos seguintes.

²⁵ Como bem recorda LOPERA MESA, embora inicialmente a proporcionalidade estivesse vinculada à defesa da liberdade do indivíduo frente ao poder público, sua progressiva expansão favoreceu a utilização do princípio da proporcionalidade muito além da relação indivíduo-estado, extendendo-se a âmbitos como o do exercício de competências entre órgãos estatais, o do direito laboral e, inclusive, o do direito privado. Neste último âmbito, citando Franz Wieacker, lembra que embora possam ser vistas raízes deste princípio no direito romano, elas se projetam na atualidade em vários preceitos do Código Civil alemão, cuja aplicação requer o uso de tal princípio: determinação da cláusula penal abusiva; as condições objetivas da usura ou da legítima defesa cível, etc., funcionando a proporcionalidade como um *limite à persecución extrajudicial de derechos* (LOPERA MESA, G. P. *Principio de proporcionalidad y lei penal: Bases para un modelo de control de constitucionalidad de las leyes penales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, p. 40 e ss.).

²⁶ BERNAL PULIDO, Carlos. "Proporcionalidad, derechos fundamentales y ley penal". In: LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A.; RUSCONI, M. (Eds.). *El principio de proporcionalidad penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2014. p. 93-117, em especial, p. 113 e ss.

Em definitivo, pode-se concluir que uma pena só será legítima se for *suficiente*. Uma suficiência que nem deve afigurar-se *além* do útil, necessário ou exigível para atingir as finalidades punitivas, nem apresentar-se *aquém* desta utilidade, necessidade ou exigibilidade. Afinal, da mesma forma que será desproporcional uma pena privativa de liberdade estabelecida para casos em que a finalidade sancionatória pudesse ser obtida por meio de uma pena pecuniária, também será desproporcional a razão inversa, nas hipóteses em que a relevância da proteção do bem exigir uma maior intensidade sancionatória e o legislador limitar-se a prever uma consequência jurídica de menor traço²⁷.

3. OS LIMITES DA VALORAÇÃO DA SUFICIÊNCIA NA SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITO

O item precedente pretendeu revelar a evidente consequência do Direito penal caracterizar-se como um instrumento de controle social de *ultima ratio*: a *legitimidade* da reação estatal guarda direta relação com a *proporcionalidade* da mesma. Leia-se: a sanção penal só é legítima na hipótese em que se desvela útil, imprescindível e vantajosa, quando da análise comparativa entre o bem sacrificado (liberdade, *in casu*) e os bens jurídicos que visa proteger.

Pretende-se, agora, demonstrar que essa relação entre a *legitimidade* e a *proporcionalidade* da reação estatal vai além. Se é verdade que o Direito penal está autorizado para, legitimamente, entrar em cena quando os demais instrumentos de controle social se revelam *insuficientes*, também é verdade que o Direito penal atual não contempla tão somente penas privativas de liberdade, mas também penas restritivas de direito e pena de multa.

Daí se infere, sob o mesmo prisma, que a imposição de pena privativa de liberdade apenas se mostrará legítima se sanções penais menos gravosas - em especial, para o presente trabalho, as restritivas de direito - se evidenciarem *insuficientes* e, por isso, *desproporcionais*.²⁸

²⁷ A respeito da desproporcionalidade na legislação penal brasileira, confira-se STRECK, Lênio L. "Constituição, bem jurídico e controle social: A criminalização da pobreza ou de como 'la ley es como la serpiente; solo pica a los descalzos'". In *Revista de Estudos Criminais*, v. 31, n. Notadez / PUC RS / ITEC, p. 65-96, out./dez 2008.

²⁸ A legislação penal e processual penal guarda coerência com o princípio da intervenção mínima e, mais especificamente, com o princípio da subsidiariedade. Basta ver, por exemplo, as inovações trazidas pela Lei 12.403 de 4 de maio de 2011. Com o advento do art. 282, §6º, do CPP, restou expresso o reconhecimento de que a prisão preventiva – medida cautelar penal mais gravosa – apenas é *legítima* quando as medidas cautelares diversas – evidentemente menos lesivas – não forem cabíveis, porque *insuficientes*. Veja-se, portanto,

Impõe-se, diante de tal constatação, verificar *como* e com base em quais critérios é feita a análise de *suficiência* das penas restritivas de direito.

Para tal análise, partiremos de um primeiro (e lógico) reconhecimento: o de que os fundamentos de existência de uma sanção penal independem da sua natureza. Em outras palavras, os fundamentos da sanção penal são os mesmos, tenha esta natureza privativa de liberdade ou restritiva de direitos.

Seria ingenuidade desconhecer que o fenômeno punitivo é enormemente complexo e heterogêneo, adquirindo a pena aspectos diferentes caso seja aplicada a um jovem que cometeu ocasionalmente um delito contra propriedade e a quem é melhor oferecer uma nova oportunidade, a um membro corrupto do governo, a um marido que maltratou fisicamente a sua esposa durante anos, a um terrorista convencido de que a luta armada é irrenunciável, a um condutor que atropelou imprudentemente um pedestre, a um ditador que delineou uma política de violação massiva e sistemática de direitos humanos em seu país, ao que cometeu um delito econômico para beneficiar a sua empresa ou a um sociopata que cometeu vários homicídios e delitos contra a liberdade sexual. Entretanto, *sem desconhecer as diversas facetas que se escondem atrás dessa instituição em permanente crise de legitimidade, todos esses fenômenos devem obedecer a uma razão ou a um conjunto de razões que justifiquem sua existência.*²⁹

Pois bem. A discussão sobre a *razão* ou o *conjunto de razões* pelas quais o Estado pune possui espaço cativo na pauta da filosofia moral ou política. E não à toa. Na resposta a tais questões é que se encontra, justamente, a medida para o conteúdo e para a extensão da pena imposta³⁰.

Esclareçam-se, já de saída, dois pontos. O primeiro: o presente estudo se apega no “por que deve existir a pena” e não no “por que existe a pena”³¹. Não se ignora, é claro, que a pena atinge, na prática, resultados diferentes daqueles teoricamente almejados, mas optamos, sob pena de inviabilizar o presente escrito, por trabalhar com as *pretensões* que legitimam a imposição da sanção penal.

que as observações apontadas no presente estudo no que refere à “prisão” decorrente da imposição de pena são legalmente reconhecidas também no que refere às “prisões processuais”.

²⁹ FEIJOO SANCHEZ, Bernardo. *A legitimidade da pena estatal – Uma breve análise das teorias da pena*. Trad. Nivaldo Brunoni. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015, p. 14.

³⁰ FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos; NÚNEZ PAZ, Miguel Ángel; OLIVEIRA, William Terra de; BRITO, Alexis Couto de. *Direito Penal Brasileiro: Parte geral: Princípios fundamentais e sistema*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.192.

³¹ Luigi Ferrajoli é quem expressamente registra a distinção entre tais questionamentos. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 186. Seguindo o mesmo caminho, Paulo César Busato faz a separação entre as missões (propósitos, o que se deve almejar) e funções (o que efetivamente provoca, independentemente de ser ou não a pretensão). BUSATO, Paulo César. *Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 5.

O segundo: conscientes de que a compreensão sobre a sanção penal depende do *modelo socioeconômico* e da *forma de Estado* em que está inserida³², as linhas que seguem renunciam à análise histórica relacionada às missões da pena e se dedicam à pena no contexto social contemporâneo.

É possível afirmar que a pena, hoje, possui traços herdados das teorias absolutas e também das teorias relativas. Tais traços, como adiante se verá, muito mais do que implicarem em eventual conflito, se complementam de modo a exigir da pena (legítima) tanto o caráter de *necessidade* quanto o caráter de *utilidade*.

O caráter de *necessidade* é herança das teorias absolutas, também denominadas retributivas. Tais teorias, elaboradas a partir do “idealismo alemão”, que, por sua vez, fundamentava-se na base dos pensamentos dos filósofos Immanuel Kant e Georg Hegel³³, voltavam seus olhos ao passado e atribuíam à pena um caráter de expiação pelo crime perpetrado, como um mal imposto a retribuir um mal causado.

A pena, na concepção retribucionista, fundamenta-se na culpabilidade individual – que está intimamente relacionada à noção de livre arbítrio – e pretende unicamente um ideal de justiça³⁴. A pena, portanto, está limitada ao *merecimento* e não busca nenhum outro fim senão a retribuição, prescindindo de qualquer utilidade futura.

Não se olvida que as teorias absolutas são merecedoras de críticas. A primeira advém da impossibilidade de se atingir uma equivalência entre o mal causado e a sanção imposta, o que implicaria em uma nova injustiça³⁵. A segunda reside no fato de que a pena, seguindo a lógica retribucionista, é válida no máximo como teoria moral, mas jamais como teoria jurídica no âmbito de um Estado moderno³⁶. A terceira gira em torno do descarte, por parte de tais teorias, da proteção aos bens jurídicos, fundamento do próprio Direito penal³⁷. Ainda, em especial nos países da América Latina, nasce a crítica de que o fundamento do retribucionismo está no livre arbítrio e que este pressupõe uma prévia igualdade social que inexiste³⁸.

³² BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. 17 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 128.

³³ FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos; NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel; OLIVEIRA, William Terra de; BRITO, Alexis Couto de. *Direito Penal Brasileiro: parte geral: princípios fundamentais e sistema*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.192.

³⁴ BUSATO, Paulo César. *Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 751.

³⁵ GÜNTHER, Klaus. “Crítica da pena I”. In *Revista Direito GV*, n. 4. São Paulo: FGV, jul/dez 2006, p. 191.

³⁶ FEIJOO SANCHEZ, Bernardo. *A legitimidade da pena estatal – Uma breve análise das teorias da pena*. Trad. Nivaldo Brunoni. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015, p. 25.

³⁷ ROXIN, Claus. *Derecho Penal, Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, p. 84.

³⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de Derecho Penal. Parte general*. Buenos Aires: Ediar, 1996, p. 297.

Mas há que se reconhecer que, em meio às inarredáveis críticas, as teorias absolutas, ao voltar seu olhar para o passado, consagram a ideia de que a pena *legítima* guarda *proporcionalidade* com o fato que a gera e, principalmente, que a pena *justa* é aquela que, diante do ocorrido, é *necessária*.

A legislação pátria assente que a pena, para receber o rótulo da legitimidade, deva ser *necessária*. Tanto assim que prevê, dentre as causas extintivas de punibilidade, o instituto do perdão judicial. Veja-se, a título ilustrativo, que o art. 121, § 5º, do Código Penal, dispõe que na hipótese do homicídio culposo, o juiz pode deixar de aplicar a pena se “as consequências do crime atingirem o próprio autor de forma tão grave que a sanção penal se torne *desnecessária*”.

A sanção penal atual possui, porém, também traços herdados das teorias relativas, também chamadas de preventivas. Estas, ao contrário das teorias absolutas, voltam seu olhar ao futuro e intentam atribuir à pena um caráter de *utilidade*, recusando que a pena possa ser, simplesmente, um fim em si mesma³⁹.

Os pensadores ilustrados (Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau) se revelaram claramente partidários das teorias relativas da pena, segundo as quais a sanção penal estaria legitimada por seus efeitos na prevenção de delitos ou na redução da criminalidade⁴⁰. “A própria concepção de Beccaria, no sentido de que a certeza do castigo dissuade mais do que a sua intensidade, já focava a justificação da pena em um propósito de evitar novos males e não de meramente retribuí-los⁴¹”.

Os propósitos preventivos da pena dividem-se, a partir de Feuerbach, em duas definidas direções: prevenção geral e prevenção especial. A primeira possui como destinatário o coletivo social enquanto a última possui como destinatário o próprio infrator⁴².

Os discursos de prevenção geral possuem caráter negativo, de intimidação, de dissuasão, encarando a pena como instrumento de ameaça apto a coagir psicologicamente possíveis infratores. Possuem, mais recentemente, caráter também positivo, revelado em teorias funcionalistas que visam à reafirmação moral ao proceder à reafirmação da própria norma. Garantem, com isso, o

³⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. 17 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 140.

⁴⁰ FEIJOO SANCHEZ, Bernardo. *A legitimidade da pena estatal – Uma breve análise das teorias da pena*. Trad. Nivaldo Brunoni. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015, p. 17.

⁴¹ BUSATO, Paulo César. *Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 758.

⁴² BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. 17 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 140.

restabelecimento da confiança do cidadão no ordenamento jurídico e a reestabilização da paz jurídica⁴³.

Os discursos de prevenção especial, por sua vez, classificam os indivíduos como corrigíveis e incorrigíveis e estão calcados na reeducação e na inocuação do criminoso, respectivamente⁴⁴.

As teorias preventivas não escapam às críticas, que são múltiplas. Apenas na intenção de exemplificá-las - sem esgotá-las - registre-se, por primeiro, que as teorias relativas instrumentalizam o homem, ao utilizá-lo para atingir outros fins. Segundo, o Estado se elege como *detentor de verdadeiros valores ideais* ao se considerar apto a corrigir e reeducar cidadãos. Mais, ao renunciar à retribuição, as teorias preventivas renunciam também à régua medidora da proporcionalidade da pena, legitimando sanções enquanto se entender que são essas, de algum modo, *úteis*.

Não se nega que tais críticas sejam válidas e significativas, mas as teorias preventivas possuem também mérito: revelam que a pena, para ser legitimamente imposta, deve ser (futuramente) *útil* à sociedade e ao próprio condenado.

Nesse ponto, da associação entre as teorias absolutas e relativas, nasce premissa inarredável: para que, hoje, seja aplicada uma sanção penal de modo legítimo, deve essa ser *necessária e útil*. A pena necessária e inútil é ilegítima, bem como a pena útil, mas desnecessária. Em outras palavras, o fundamento de existência da pena só se revela preenchido quando há, concomitantemente, a necessidade de retribuir e de prevenir.

Assim, a questão ganha contornos mais concretos. Se uma pena só é imposta legitimamente quando for *necessária e útil*, a partir do momento em se reconhece que deve, no caso concreto, ser imposta, a sanção precisa, efetivamente, ser *suficiente para retribuir e prevenir o crime*⁴⁵.

Parece óbvio, mas é justamente isto que permite que sejam estabelecidos os critérios de análise de *suficiência* de tais sanções.

⁴³ FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos; NÚNEZ PAZ, Miguel Ángel; OLIVEIRA, William Terra de; BRITO, Alexis Couto de. *Direito Penal Brasileiro: parte geral: princípios fundamentais e sistema*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 204.

⁴⁴ SERRANO JÚNIOR, Odoné. BASSO, Stephan Nascimento. "Fundamentos da pena". In: BUSATO, P. C. (Coord.); CARUNCHO, A. C. (Org.) *Teoria da Pena*. Série direito penal baseado em casos. Curitiba: Juruá, 2014, p. 19.

⁴⁵ Veja-se que o Código Penal consagra tal entendimento no art. 59, inc. IV. "O juiz (...) estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para *reprovação e prevenção* do crime: (...) a *substituição* da pena privativa de liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível."

3.1 A suficiência para a retribuição

Veja-se que, para analisar se uma dada pena restritiva de direito é *suficiente* para *retribuir* determinado ato delituoso, faz-se necessário analisar o crime. Os olhos de quem analisa tal suficiência, portanto, voltam-se ao passado. Por tal razão é que registramos que a análise de suficiência deve considerar, em primeiro lugar, as *circunstâncias fáticas* que envolveram o ato criminoso.

Imprescindível analisar, portanto e preliminarmente, as *circunstâncias* que o envolveram e as *consequências* que dele resultaram. Mas não apenas. Se a retribuição é pelo ato criminoso que *realizou o agente*, também se faz necessário analisar o *motivo* que levou à prática delitiva, bem como a *culpabilidade* atribuída a ele.

Entende-se, portanto, que para se aferir se determinada pena restritiva de direito é ou não *suficiente* para *retribuir* a prática delituosa, deve-se analisar se há *proporcionalidade* entre a imposição da pena e a *culpabilidade* com que atuou o autor, bem como os *motivos* que o levaram a atuar, as *circunstâncias* em que o fez e as *consequências* que tal crime gerou.

A *culpabilidade* constitui, sem dúvida, o elemento de maior complexidade quando da referida análise. Isso porque a culpabilidade é componente de um *princípio* (de culpabilidade), é integrante - para a doutrina majoritária - do próprio conceito de crime (fato típico, antijurídico e *culpável*) e ainda compõe os elementos utilizados para sopesar a *suficiência* da pena.

Aqui, embora não haja consenso doutrinário, cremos que o melhor entendimento vem no sentido de que a culpabilidade analisada para *verificação de suficiência* da pena, não pode ser a mesma culpabilidade analisada para *verificação da possibilidade de imposição* da pena⁴⁶.

Leia-se: primeiro analisar-se-á a culpabilidade *necessária à imposição de pena* e composta pela imputabilidade, inexigibilidade de conduta diversa e potencial

⁴⁶ “Constitui rematado equívoco, frequentemente cometido no cotidiano forense, quando, na dosagem da pena, afirma-se que ‘o agente agiu com culpabilidade, pois tinha a consciência da ilicitude do que fazia’. Ora, essa *acepção* de culpabilidade funciona como *fundamento da pena*, isto é, como característica negativa da conduta proibida, e já deve ter sido objeto de análise juntamente com a tipicidade e a antijuridicidade, concluindo-se pela condenação. Presume-se que esse *juízo* tenha sido positivo, caso contrário nem se teria chegado à condenação, onde a culpabilidade tem função limitadora da pena, e não fundamentadora”. BITENCOURT, Cesar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. 17 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 754.

consciência da ilicitude. Verificada a *possibilidade* de imposição da pena, passa-se, então, à análise da culpabilidade relacionada à *quantificação e suficiência* da reprimenda. Esta última é entendida mais como o *grau de reprovabilidade* da conduta, que pode ser menos ou mais intenso⁴⁷.

A análise dos *motivos* também carrega certa complexidade, inerente à complexidade do mundo das volições. Há, nesse ponto, que se perquirir a finalidade que moveu a ação ou omissão humana, pois esta fornece um colorido indispensável à compreensão de qualquer conduta: existiu por quê? Para quê? Tais motivos, é certo, podem ser geradores de maior ou de menor grau de censura⁴⁸.

A análise das *circunstâncias* deve buscar elementos nos dados e fatos que estão ao derredor do crime - não se confundindo com elementos que constituem propriamente o ato delituoso⁴⁹. É possível, quando da análise das *circunstâncias*, verificar, por exemplo, o lugar e o horário do crime, a relação entre autor e vítima, as facilidades e dificuldades enfrentadas pelo autor quando do cometimento do delito, dentro outros elementos que circundam o crime.

Por fim, quando da verificação das *consequências*, deverão ser considerados os resultados de natureza pessoal, afetiva, moral, social, econômica ou política produzidos pelo crime, dotados de significação para o juízo de reprovação, mas inconfundíveis com o resultado inerente ao próprio crime. Registre-se, todavia, que tais resultados, para serem considerados, exigem previsão ou, ao menos, previsibilidade por parte do autor, sob pena de resvalar em uma responsabilidade objetiva⁵⁰.

Em suma: há que se verificar se, diante da análise da *culpabilidade*, dos *motivos*, das *circunstâncias* e das *consequências* que envolveram o crime em concreto, a pena restritiva de liberdade será *suficiente para reprovar* o autor. Se se revelarem *insuficientes*, se revelarão, automaticamente, *desproporcionais*, razão pela qual a pena privativa de liberdade passará a ser legitimamente aplicável.

3.2 A suficiência para a prevenção

⁴⁷ “A medida da culpa deve ser a medida da pena. Esta é uma aspiração de justiça inseparável da natureza retributiva que devem ter todas as penas”. DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 3^a ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.423.

⁴⁸ PAGANELLA BOSCHI, José Antonio. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 5 ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 177.

⁴⁹ GALVÃO, Fernando. *Direito Penal: Parte Geral*. 5^a ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 740.

⁵⁰ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Teoria da Pena: Fundamentos políticos e Aplicação judicial*. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2005, p.115.

Finda a análise a respeito da suficiência na *reprovação* do ato delituoso, impõe-se uma segunda verificação: a da suficiência na *prevenção*. Nesse ponto, os olhos de quem realiza a análise voltam-se ao futuro, posto que se objetiva conferir um caráter de *utilidade* à pena.

Agora, deve a pena restritiva de direito ser *suficiente para prevenir* que o agente cometa novos crimes. Para se determinar tal suficiência, imprescindível analisar as *circunstâncias pessoais* que envolvem o agente: a *conduta social*, a *personalidade* e os *antecedentes criminais*.

Antes de efetuar considerações específicas a respeito de cada uma das circunstâncias, há que se rechaçar a comum crítica que dirige parte da doutrina à análise das circunstâncias de caráter *pessoal*⁵¹. Não se está, aqui, sugerindo qualquer aproximação com um direito penal de autor. É evidente que tal análise só entra em cena após a verificação de que o agente *cometeu* um ato criminoso. Ou seja, em momento algum se descarta a necessidade do agente haver *realizado um ato criminoso*.

O que ocorre é que, praticado o ato criminoso - e respeitado, portanto, um direito penal de ato -, passa-se a exigir uma *individualização* na pena, de modo que seja suficiente para reprovar *aquele indivíduo* e para prevenir que *aquele indivíduo* não volte a delinquir.

Se é assim, e inclusive o é para, em respeito ao princípio da culpabilidade e da *pessoalidade* da pena, se garantir a justiça da pena ao próprio condenado, as análises às considerações pessoais do agente não apenas se justificam, mas também se impõe⁵².

Deverá, então, ser realizada a análise da *personalidade*, da *conduta social* e dos *antecedentes* do agente. São tais elementos que indicarão se as penas restritivas de

⁵¹ Vide, por exemplo, Salo de Carvalho, quem critica a reprovação baseada em “elementos essencialmente morais, desprovidos de significado, sem averiguabilidade probatória e, consequentemente, isentos de possibilidade de refutação empírica”, pois isso violaria o próprio postulado iluminista da secularização. CARVALHO, Salo; CARVALHO, Amilton Bueno. *Aplicação da Pena e Garantismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 45.

⁵² Nesse sentido, Paganella Boschi: “Em que pese a relevância da crítica (...), parece-nos que não há outro modo de *individualizar* a pena, isto é, de torná-la *única* e *singular*; senão mediante a consideração de todas essas particularidades relacionadas ao fato e aos seus personagens: o autor e a vítima. É graças a isso que o Direito penal, conciliando os extremos (a igualdade e a diferença) realimenta continuamente a sua legitimidade, evitando a padronização das sentenças e preservando o sentido da equidade nas diferenças e aos diferentes.” PAGANELLA BOSCHI, José Antonio. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 5 ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 168.

direito serão *suficientes para prevenir* a prática de novos crimes *por aquele* indivíduo.

Admite-se que esta análise comporta um nível maior de dificuldade, se comparada com a análise dos elementos fáticos para se concluir acerca da suficiência da reprovação. Isso se dá por razões lógicas: enquanto na análise da retribuição o que se faz é um verdadeiro diagnóstico diante de um fato concreto ocorrido no passado, aqui se impõe um penoso e arriscado prognóstico a respeito de elementos subjetivos do agente infrator.

A dificuldade existe, mas é através desta análise que se pode aproximar da necessária resposta: a pena restritiva de direito, no caso concreto, é *suficiente para prevenir que aquele agente incorra em novas práticas delituosas?*

O primeiro elemento que deverá ser analisado é a *personalidade* do agente. A dificuldade do exame acerca desse item advém não apenas do parco conhecimento técnico do julgador e dos escassos elementos informadores constantes dos autos, mas do próprio conceito de personalidade. “A personalidade ‘nasce’ (com o indivíduo) e *também* se modifica, continuamente - com variações de intensidade - abrangendo, além das manifestações genéticas, também os traços emocionais e comportamentais, herdados ou continuamente adquiridos, naquele sentido de totalidade que permite a alguém se distinguir de todos”⁵³.

Deve-se, ademais, analisar a *conduta social* do agente. Nesse ponto, a verificação é feita em torno do *papel* que o agente *desempenhou socialmente*. Se foi, nas palavras de Paulo José da Costa Jr., um homem voltado ao trabalho, probo, caridoso, altruísta, cumpridor dos deveres, ou se transcorreu seus dias ociosamente, exercendo atividades parasitárias ou antisociais. Ainda, será verificado seu comportamento no ambiente familiar, laboral, escolar ou de lazer⁵⁴.

Por fim, impõe-se a análise dos *antecedentes* do condenado⁵⁵. Os antecedentes são constituídos por acontecimentos *anteriores* ao fato criminoso e que já foram

⁵³ PAGANELLA BOSCHI, José Antonio. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 5 ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 172.

⁵⁴ COSTA JÚNIOR, Paulo José. *Curso de Direito Penal*. 10 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p.195.

⁵⁵ A discussão sobre os *antecedentes criminais*, por si só, enseja discussão ampla e profunda. O atual momento doutrinário e jurisprudencial clama por discussões a respeito da distinção entre reincidência e maus antecedentes; a respeito da relação dos antecedentes com o direito ao esquecimento - o que reflete diretamente na questão *temporal* dos antecedentes, dentre outras. Por questão metodológica, teremos de renunciar ao tratamento dos referidos e importantes temas.

efetivamente julgados de modo definitivo, em respeito ao princípio constitucional da presunção da inocência⁵⁶.

Conclui-se, então, que para se verificar a *proporcionalidade* da substituição de pena privativa de liberdade por restritivas de direito, deve-se concluir pela *suficiência* destas em *retribuir* e em *prevenir*. Para tanto, o olhar interpretativo se volta para o passado e perquire, com base na culpabilidade, nos motivos, nas circunstâncias e nas consequências do crime, se a pena é, de fato, *suficiente para retribuir*. Ainda, se volta ao futuro e, baseado na análise dos antecedentes, da conduta social e da personalidade do agente, averigua se a pena é *suficiente para prevenir* novos crimes.

4. O CRITÉRIO DA SUFICIÊNCIA NA SUBSTITUIÇÃO DAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO E O ORDENAMENTO PENAL BRASILEIRO

O ordenamento jurídico pátrio prevê, no artigo 43 do Código Penal, um rol de penas restritivas de direito⁵⁷: prestação pecuniária, perda de bens e valores, prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas, interdição temporária de direitos e limitação de fim de semana⁵⁸.

Tais penas, conforme determina o artigo 44 do mesmo Código, são autônomas, o que significa que não podem ser aplicadas cumulativamente com as penas

⁵⁶ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Teoria da Pena: Fundamentos políticos e Aplicação judicial*. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2005, p.111.

⁵⁷ Ressalte-se que, embora o Código Penal faça menção a essas penas como “restritivas de direito”, a doutrina reage criticamente a tal denominação, sustentando que de todas as sanções ali elencadas, apenas uma delas efetivamente constitui uma pena restritiva de direito. “A previsão legal estampa as seguintes hipóteses: prestação pecuniária; perda de bens e valores; prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas; interdição temporária de direitos e limitação de fim de semana. As duas primeiras são claramente de natureza pecuniária; a terceira e a última, correspondem a restrições (ainda que não privações) de liberdade, na medida em que compõem coerções, obrigações de fazer. Somente a denominação de interdição temporária de direitos corresponde à denominação escolhida para os dispositivos.” BUSATO, Paulo César. “Penas restritivas de direitos (substitutivas e/ou cumulativas)”. In BUSATO, P. C. (Coord.); CARUNCHO, A. C. (Org.), *Teoria da Pena*. Série direito penal baseado em casos. Curitiba: Juruá, 2014, p. 184.

⁵⁸ “Modernamente, as penas restritivas de direitos constituem importante alternativa ao encarceramento produzido pela pena privativa de liberdade e, com a conformação que lhes deu a Lei n. 9.714, de 25 de novembro de 1998, representam o fruto da intervenção de política criminal humanista que se iniciou com a reforma de 1984. O item 29 da exposição de motivos da nova parte geral já esclarecia que, com a previsão das restritivas de direito, objetivou-se o alcance de um díplice propósito, consistente em ‘aperfeiçoar a pena de prisão, quando necessária, e de substituí-la, quando aconselhável, por formas diversas de sanção criminal, dotadas de eficiente poder corretivo.’” GALVÃO, Fernando. *Direito Penal: Parte Geral*. 5^a ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 603.

privativas de liberdade⁵⁹. O próprio artigo 44 prevê as hipóteses em que as penas restritivas de direito poderão substituir as penas privativas de liberdade.

O primeiro requisito autorizador de substituição (inc. I) guarda relação com a quantidade de pena imposta. Apenas admite-se a substituição se a pena privativa de liberdade aplicada, no caso de crime doloso, não for superior a quatro anos. Sendo o crime culposo, poderá haver substituição para qualquer que seja a pena aplicada.

O segundo requisito que limita a possibilidade de substituição da pena por restritivas de direito (inc. I) é a existência de grave ameaça ou violência contra a pessoa.

Em seguida (inc. II), a lei limita a substituição para os réus que sejam reincidentes em crime doloso. Veja-se que tal limitação é absoluta no caso de reincidência específica (§ 3º), mas é relativa no caso de reincidência genérica. Nesse último caso, o juiz poderá operar a substituição, desde que, em face da condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável.

O inciso III trabalha com critérios de substituição que guardam direta relação com a *suficiência* da mesma. Veja-se que o legislador dispôs que a substituição ocorrerá se a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias do crime indicarem que essa substituição é *suficiente*.

Pois bem. Analisemos, agora, comparativamente ao disposto nos tópicos que antecedem ao presente, se a legislação pátria oferece instrumentos adequados para a *correta* análise de *suficiência* das penas restritivas de direito. Comecemos pelo fim, afirmando que não. Há pontos desnecessários - ou mesmo errôneos - que estão contemplados pelo Código Penal e há pontos indispensáveis que deixaram de ser contemplados. É o que se passa a demonstrar, pontualmente.

4.1 O limite quantitativo nos crimes dolosos

O Código Penal prevê, no artigo 44, inciso I, que a substituição está limitada às penas de até 4 anos, quando o crime for *doloso*. Cremos dispensável, para a análise da *suficiência* da substituição, a prévia fixação de um limite de pena privativa de liberdade.

⁵⁹ BRANDÃO, Claudio. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 342.

Veja-se que, quando uma pena é considerada elevada já em sua cominação *abstrata*, é porque o crime - em razão do bem jurídico tutelado e do grau de violação ao mesmo - já é abstratamente considerado grave, o que exige, evidentemente, uma cautela maior por parte do julgador na verificação da *suficiência* da substituição. Assim, a pena mínima em abstrato de um crime de homicídio (art. 121, CP) e de um crime de estupro (art. 213, CP) - ambas de 6 anos - já indicam, por si só, que eventual substituição seria *insuficiente* e, por isso, *desproporcional*. Em outro dizer, independentemente da previsão do inciso I do artigo 44, parece evidente que a substituição em quaisquer destes casos violaria a proibição da proteção ineficiente, sob a ótica do subcritério da necessidade, desatendendo, por consequência, a pretensão de proporcionalidade desejada na imposição de sanções penais.

O mesmo ocorre quando a pena *em concreto* fixada é muito exacerbada. Nesse caso, se a pena no caso concreto exige aumentos significativos é porque existem circunstâncias judiciais desfavoráveis, agravantes ou causas de aumento amplamente presentes. Diante disso, também deve o magistrado dispensar maior cuidado à análise da *suficiência* da substituição. É o caso, por exemplo, de um peculato (art. 312, CP) cuja pena final fora fixada em 5 anos, embora a pena prevista em abstrato fosse de 2 a 12 anos.

O que se está a afirmar é que pela *gravidade do crime em abstrato* e/ou pela *gravidade do crime em concreto*, já seria possível que o magistrado execesse satisfatoriamente a análise a respeito da *suficiência*, sem que estivesse vinculado a qualquer limite quantitativo pré-estabelecido pelo legislador no artigo 44.

Tal assertiva ganha especial relevo quando se nota, pela construção legislativa atual, que o limite quantitativo limita o juiz apenas de modo desfavorável ao réu. Leia-se: se o julgador estiver diante de uma pena superior a 4 anos (no caso de crime doloso), estará *impossibilitado* de proceder à substituição, *mesmo que entenda ser esta suficiente e proporcional*, diante do caso concreto.

Por outro lado, se o julgador estiver diante de uma pena inferior a 4 anos, sua discricionariedade é ampla: podendo conceder ou mesmo negar a substituição, conforme a entenda ou não *suficiente e proporcional*.

Ademais, a imposição de um limite quantitativo da pena quando da análise da *suficiência* da substituição, não homenageia a razoabilidade. Será razoável a compreensão de que uma pena de 4 anos pode ser substituída – de modo *suficiente e proporcional* – por penas restritivas de direito, enquanto uma pena de 4 anos e 10

dias, não? Os *critérios de suficiência* e de *proporcionalidade*, é certo, não se amarram à (in)existência de, no nosso exemplo, 10 dias a mais de pena imposta.

O próprio legislador renunciou ao critério quantitativo quando o crime possui natureza culposa, confiando, independentemente da pena, a análise da *suficiência* ao magistrado⁶⁰. Crê-se que o mesmo deveria ser adotado no que refere aos crimes dolosos, pelas razões até aqui demonstradas.

4.2 O limite decorrente da natureza do crime doloso

Outro ponto merecedor de crítica na atual legislação é a previsão do *meio* através do qual o agente realiza o crime. O inciso I prevê que a substituição é possível salvo se o crime for cometido mediante *violência* ou *grave ameaça* à pessoa. Não se questiona a preocupação por parte do legislador em permitir a substituição da pena em caso de crimes graves, que acarretam em violência ou grave ameaça à pessoa. Questiona-se, isso sim, o *engessamento* que a referida previsão impõe.

Na mesma linha do que foi acima referido, os *critérios de suficiência* expostos no item 2 e 3 do presente estudo, por si só, conduzem à uma análise mais ajustada ao caso concreto do que a (prévia) vedação de substituição pela existência de grave ameaça ou violência. Tanto assim que, se o magistrado contasse com discricionariedade nesse ponto, conseguiria - sem a necessidade de ginásticas interpretativas e de numerosas exceções - *vedar* a possibilidade de substituição da pena de um crime de estupro de vulnerável (art. 217-A, CP), por exemplo, em que a violência é, de regra, ficta (presumida) e conseguiria *permitir* a substituição da pena de um crime de ameaça (art. 147, CP), em que a grave ameaça é real, mas a sanção é reduzida⁶¹.

⁶⁰ Cesar Roberto Bitencourt dispõe que “a conduta culposa, hoje bem mais frequente, objeto de *menor reprovabilidade*, normalmente decorre da ausência dos cuidados devidos (objetivos) na realização de um comportamento normalmente ilícito. Os autores desses comportamentos *descuidados* que, às vezes, causam um resultado típico, de regra, não necessitam ser *ressocializados*, e a imposição de uma *pena privativa de liberdade* revela-se absolutamente desnecessária, sem qualquer sentido preventivo especial. Nesse aspecto, merece aplausos a previsão para os crimes culposos, sem impor limite quantitativo da pena privativa (...).” BITENCOURT, Cesar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. 17 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 648. Atente-se, nesse ponto, a duas ressalvas à posição do autor: a) o autor analisa a suficiência tão somente sob o ponto de vista da prevenção, olvidando da suficiência para a retribuição. A suficiência deve atentar à prevenção e à retribuição, seja em caso de crimes dolosos ou culposos. b) a constatação da *desnecessidade* de ressocialização pode ser verificada pelo magistrado também no caso de crimes dolosos, não apenas nos crimes culposos. Assim, haveria de se aplaudir se os limites quantitativos não existissem em ambos os casos.

⁶¹ Vejam-se as considerações de Paulo Queiroz a esse respeito: “Desnecessário dizer que crimes culposos, apesar de eventualmente violentos, não estão sujeitos à vedação, (...) porque a violência não é intencional (...). Há quem entenda que todos aqueles crimes praticados por meio *não violento* estariam excluídos da vedação

4.3 O limite decorrente da reincidência

O inciso II do artigo 44 - conjugado com o artigo 44, § 3º, do Código Penal - também enseja considerações de ordem crítica. Dispõe a legislação que a substituição poderá ser efetuada *salvo se o réu for reincidente em crime doloso*. Tal vedação é relativa, pois o parágrafo 3º possibilita que a substituição ocorra quando a reincidência for genérica⁶².

O tema da reincidência merece intenso e aprofundado debate⁶³ que, por questões temporais e metodológicas, o presente estudo não permite. Porém, não há como deixar de realizar poucas, mas relevantes, considerações.

Renunciar-se-á à discussão acerca da (in)constitucionalidade do instituto da reincidência⁶⁴, mas apontar-se-á, porém, a necessidade de se verificar, ao menos, a natureza e a causa da reincidência.

“(...) O fato de que o sujeito voltou a delinquir tanto pode ser um indicador negativo, porque ele teve todas as oportunidades de não voltar a delinquir e reincidiu, como pode representar também o insucesso do sistema em recuperá-lo e a incapacidade social de evitar que ele volte a participar de um ambiente criminógeno, representando uma diminuição de culpa por fatores de cocalpabilidade.”⁶⁵

legal, a exemplo do homicídio cometido com emprego de veneno, roubo com o uso de narcótico, etc., pois não seriam delitos cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa. Mas tal não procede, visto implicar uma simplificação grosseira do conceito de violência contra a pessoa, a qual pode realizar-se das mais variadas formas. Existe também quem considere que a vedação não compreenderia as infrações penais em que a grave ameaça ou a violência não fossem meio para cometimento do ilícito, mas constitutivas do próprio crime”. QUEIROZ, Paulo. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 8ª ed. rev. ampl. atual. Salvador: Jus Podivm, 2012, p. 499. Pelas próprias considerações - que apontam as divergências doutrinárias - denota-se que a vedação legal mais criou divergências do que apresentou soluções.

⁶² “O nosso Código distingue precisamente a reincidência específica, ou homogênea, quando os crimes são da mesma natureza, e a reincidência genérica, ou heterogênea, quando são de natureza diferente”. BRUNO, Aníbal. *Das Penas*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976, p.127.

⁶³ Sugere-se, sobre o tema, a leitura do artigo “O papel da reincidência criminal na aplicação da pena – reflexões a propósito do acórdão do RE 453.000 do STF”, de autoria de Adriano Teixeira, disponível na Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 108, de 2014, p. 513. Ainda, a leitura do artigo “Inconstitucionalidade da consideração da reincidência como agravante”, redigido pela Comissão *Amicus Curiae* e publicado na Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 108, de 2014, p. 543.

⁶⁴ Juarez Cirino dos Santos capitaneia a defesa de que: “é necessário reconhecer: a) se o novo crime é cometido após a passagem do agente pelo *sistema formal* de controle social, com *efetivo cumprimento* da pena criminal, o processo de deformação e embrutecimento pessoal do sistema penitenciário *deveria* induzir o legislador a incluir a *reincidência real* entre as *circunstâncias atenuantes*, como produto específico da atuação *deficiente* e *predatória* do Estado sobre sujeitos criminalizados; b) se o novo crime é cometido após simples formalidade do trânsito em julgado de condenação anterior, a *reincidência ficta* não indica qualquer *presunção de periculosidade* capaz de fundamentar circunstância agravante. (...) Além disso, a *reincidência* (ficta ou real) significa *dupla punição* do crime anterior.” CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal: Parte Geral*. 3ª ed. rev. ampl. Curitiba: ICPC, Lumen Juris, 2008, p. 580.

⁶⁵ BUSATO, Paulo Cesar. *Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 891.

O que se está a afirmar é que não há como, *ex ante*, pressupor a *insuficiência* da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito, *unicamente* por haver um crime anterior, de natureza dolosa, que se encaixa no conceito de reincidência disposto nos artigos 63 e 64 do Código.

A um porque, como visto, a reincidência *pode* revelar um menosprezo perante a lei penal e a ordem social, mas *também pode* revelar uma verdadeira dificuldade de adequação por parte do condenado - agravada, inclusive, pelo próprio sistema penal estatal. Se se trata de um ou de outro caso, apenas a análise - *ex post* - da nova e da antiga condenação, no que refere à natureza e às condições do crime, há de revelar.

A dois porque o artigo 59 do Código impõe que “o juiz estabeleça, conforme seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime, a substituição da pena privativa de liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível”. Ou seja, a legislação revela o evidente: a substituição da pena deve ser necessária e suficiente para reprovar e prevenir o *crime que se está a julgar*.

Parece, assim, incoerente que a *análise de suficiência* deste *crime* simplesmente ceda diante da existência de condenação anterior por *outro crime* doloso – que, inclusive, já fora, à época, objeto de reprovação e prevenção.

Posicionamo-nos, então, no sentido de que a existência ou não de crimes anteriores - sejam eles dolosos ou culposos - *devem* ser avaliados, sim, por quem está efetuando a análise de *suficiência*. Mas *podem* ser avaliados de modo negativo ou mesmo de modo neutro, sendo um equívoco colocar a existência da reincidência dolosa como um absoluto óbice à própria análise de *suficiência*. Ademais, consideramos indevida a existência do inciso II do artigo 44, pois a verificação a respeito de crimes anteriores pode - pelo nosso conceito (cf. item 3) - ser satisfatoriamente realizada quando da análise dos *antecedentes*, constantes do inciso III.

4.4 O limite decorrente da análise das consequências do crime

Por fim, há que se considerar o disposto no inciso III do artigo 44 do Código Penal⁶⁶. Sem dúvida, tal dispositivo é o que melhor se amolda aos critérios de verificação de *suficiência* e de *proporcionalidade* da substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direito.

Nesse ponto, “os critérios para a avaliação da *suficiência* da substituição são representados pela culpabilidade, antecedentes, conduta social e personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias do fato.” De todos os elementos relacionados no artigo 59 do Código, para determinação da pena, somente as *consequências* do crime e o *comportamento da vítima* foram desconsiderados para a formação do juízo de suficiência⁶⁷.

O legislador falhou ao haver, aparentemente, excluído da análise de suficiência as *consequências* do crime. Veja-se que, quando se fala em retribuição, há que se entender que a finalidade essencial dessa se esgota no castigo pelo *desvio cometido*⁶⁸. Assim, é de indagar-se como se pode pretender a análise da *suficiência* de um castigo quando se ignora as consequências do desvio cometido?

O caso concreto objeto do parecer do nosso homenageado se apresentou como um exemplo prático de como essa omissão legislativa pode ser problemática. No delito analisado⁶⁹, o piloto e o copiloto do jato Legacy foram condenados por haverem mantido desligado um dispositivo essencial à segurança do voo, pelo período de uma hora, sendo responsabilizados pela colisão com o Boeing 737-800, que resultou na morte de 154 passageiros e tripulantes.

Veja-se que a *consequência* do desvio cometido pelo piloto e pelo copiloto é o que há de mais significativo para a análise da *suficiência da reprovação*. No entanto, o magistrado, seguindo uma interpretação literal do artigo 44, inciso III, do Código, optou por *descartar* tal elemento da análise.

Não se olvida, porém, que, em uma interpretação sistemática, o Código Penal comporta tal análise. Veja-se que o artigo 59 (em seu inc. IV) dispõe expressamente

⁶⁶ “Art. 44. As penas restritivas de direito são autônomas e substituem as privativas de liberdade quando: III – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente”.

⁶⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. “Novas Penas ‘Alternativas’: uma análise pragmática”. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 28, 1999, p. 90.

⁶⁸ MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del derecho penal*. 2^a ed. Buenos Aires: B de F, 2002, p. 49.

⁶⁹ Vale registrar que, por não haver acesso à íntegra da investigação, nossa análise está restrita aos dados constantes da fundamentação exposta na sentença condenatória. Tal restrição em nada prejudica o presente estudo que objetiva não (re)analisar o erro ou acerto do julgamento em apreço, mas sim efetuar a (re)análise da *suficiência* e da *proporcionalidade*, em termos gerais, quando da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

que o juiz, atendendo às *consequências* do crime - dentre outras circunstâncias - estabelecerá, conforme seja *necessário* e *suficiente* para reprovação e prevenção do crime, a *substituição* da pena privativa de liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

Assim, consideramos que a leitura conjunta do artigo 44, inciso III com o artigo 59, inciso IV, ambos do Código, permite concluir que as *consequências* do crime não devem ser ignoradas quando da análise da suficiência da reprovação. Reconhecemos, porém, que o legislador, atendendo à melhor técnica, deveria haver deixado tal elemento expresso quando da redação do inciso III do artigo 44 já mencionado.

4.5 A questão da vinculação entre os elementos do artigo 44, inciso III, e do artigo 59, *caput*, do Código Penal.

Por fim, nos cumpre verificar se a análise das circunstâncias judiciais expostas no artigo 59, *caput*, do Código *vincula* a análise do magistrado quando da apuração das (mesmas) circunstâncias dispostas no artigo 44, inciso III. Isso porque, quando da sentença condenatória, o julgador analisará, preliminarmente, a dosimetria da pena e, ato contínuo, a possibilidade de substituição da pena imposta por restritivas de direitos. Para tanto, verificará as *mesmas* circunstâncias (culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade, motivos, circunstâncias...).

Pode o magistrado considerar, por exemplo, a culpabilidade desfavorável quando da análise da pena-base, exacerbando-a, e considerar a culpabilidade neutra - ou mesmo favorável - quando da análise da *suficiência* da substituição da pena? Pode o magistrado, noutro exemplo, agravar a pena-base com fundamento em circunstâncias graves no caso concreto, mas deixar de apontá-las quando da análise do artigo 44, inciso III, do Código?⁷⁰

⁷⁰ Retornemos, nesse ponto, ao caso concreto que fora objeto do parecer emitido pelo Prof. René Ariel Dotti. Naquele caso, a sentença entendeu por elevar a pena-base por considerar que a) a *culpabilidade*, entendida como a reprovação da conduta, seria exacerbada, pois os pilotos ficaram quase uma hora sem verificar o painel de controle, sem efetuar as checagens necessárias, sem exercer com diligência a função de monitoramento da aeronave, b) as *consequências* do crime foram gravíssimas. Cento e cinquenta e quatro pessoas morreram em decorrência do acidente. Ou seja, o julgador elevou a pena-base por, na análise do art. 59, *caput*, CP, considerar a culpabilidade e as consequências desfavoráveis. Quando da verificação do art. 44, III, CP, o julgador excluiu as consequências da análise e, mesmo havendo considerado as circunstâncias desfavoráveis durante a elaboração da pena-base, considerou que a *substituição* por penas restritivas de direito era *suficiente* para prevenir e retribuir o crime.

Quanto a esse ponto, algumas considerações devem ser feitas. A primeira: haveria, no mínimo, incongruência se o julgador considerasse, para seguir o primeiro exemplo, a culpabilidade desfavorável quando da análise da primeira fase da dosimetria penal, aumentando por isso a pena-base, e considerasse a culpabilidade neutra ou favorável quando da análise do artigo 44, inciso III, do Código Penal.

Ora, a culpabilidade é a medida pela qual se gradua a pena⁷¹: mais grave ou menos grave. Portanto, a culpabilidade é sempre a mesma, para um mesmo crime, não sendo razoável que a conclusão sobre a sua análise se diferencie de acordo com o momento de aplicação da pena. Do mesmo modo, a conclusão sobre as demais circunstâncias devem, é evidente, guardar coerência nas análises.

O que pode ocorrer - e por isso não há como defender uma vinculação prévia e absoluta entre as análises - é o julgador considerar, no mesmo exemplo, a culpabilidade desfavorável a ponto de acrescer alguns meses na pena-base e continuar considerando-a desfavorável quando da análise do artigo 44, inciso III, mas não a ponto de considerar que a substituição é *insuficiente*. Leia-se: o julgador, assim, não está sendo incongruente. Mantém-se a coerência na análise para o artigo 59, *caput*, e para o artigo 44, inciso III, ambos do Código, mas considera-se que a culpabilidade desfavorável, neste caso, enseja o aumento na pena-base, mas é insuficiente para obstar a substituição da pena por restitutivas de direito.

Há que se atentar, ainda, para outra hipótese. Pode ocorrer de determinado elemento não ser considerado na análise da primeira fase do cálculo penal (pena-base) porque qualifica ou constitui o crime. Mais, porque se trata de agravante/atenuante ou minorante/majorante, que serão considerados, respectivamente, na segunda e terceira fase de cálculo penal.

Nesse caso, não nos parece que o magistrado *poderá* utilizar tal circunstância quando for proceder à análise do artigo 59, *caput*, sob pena de incidir no proibido *bis in idem* no sistema trifásico de cálculo da pena. O julgador, porém, *pode e deve* utilizar tal circunstância para analisar a suficiência da substituição da pena.

Exemplificando: pense-se que determinado crime foi cometido por *motivo* de relevante valor moral. Quando da análise do *motivo* contido no artigo 59, *caput*, o magistrado não poderá considerar o relevante valor moral, pois este constituirá ou uma privilegiadora (como se dá nos arts. 121, § 1º, e 129, § 4º, do CP) ou uma

⁷¹ WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*. Tradução de Juan Bustos Ramirez e Sérgio Yanes Peréz. Chile: Jurídica de Chile, 1996, p. 353.

atenuante (art. 65, III, a, CP), a ser considerada na pena em abstrato ou na terceira fase, respectivamente.

No entanto, quando tal julgador for analisar o artigo 44, inciso III, do Código - que também recomenda a análise dos *motivos* -, para concluir sobre a *suficiência* da substituição da pena, não poderá deixar de considerar que, no caso concreto, o crime foi cometido por relevante valor moral.

Em definitivo, como se nota, a *aferição da suficiência* da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito é um tema dotado de inúmeras nuances e dificuldades que, invariavelmente, tem sua origem tanto na fragilidade de seu regramento normativo, quanto na limitada análise crítica que costuma acompanhar boa parte da doutrina pátria. Neste sentido, o parecer do nosso homenageado teve o valoroso mérito de despertar para a importância da temática apresentada.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007 (ed. orig. 1986).
- ALEXY, Robert. *Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2004.
- ANITUA, Gabriel I. *Histórias dos pensamentos criminológicos*. Rio de Janeiro: Revan, 2008.
- BERNAL PULIDO, Carlos. “Proporcionalidad, derechos fundamentales y ley penal”. In: LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A.; RUSCONI, M. (Eds.). *El principio de proporcionalidad penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2014. p. 93–117.
- BITENCOURT, Cezar R. “Novas Penas ‘Alternativas’: uma análise pragmática”. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 28, 1999, p. 85-107.
- BITENCOURT, Cezar R. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. 3^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BITENCOURT, Cezar R. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. 17 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BRANDÃO, Claudio. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 2^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

- BRANDARIZ GARCÍA, José A. *La sanción penal de trabajos en beneficio de la comunidad*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009.
- BRUNO, Aníbal. *Das Penas*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976.
- BUSATO, Paulo C. *Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2013.
- BUSATO, Paulo César. Penas restritivas de direitos (substitutivas e/ou cumulativas). In: BUSATO, P. C. (Coord); CARUNCHO, A. C. (Org.), *Teoria da Pena*. Série direito penal baseado em casos. Curitiba: Juruá, 2014, p. 181-192.
- CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Teoria da Pena: Fundamentos políticos e Aplicação judicial*. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2005.
- DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 3^a ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- FEIJOO SANCHEZ, Bernardo. *A legitimidade da pena estatal – Uma breve análise das teorias da pena*. Trad. Nivaldo Brunoni. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- FERRÉ OLIVÉ, Juan C.; NÚÑEZ PAZ, Miguel A.; OLIVEIRA, William terra de; BRITO, Alexis Couto de. *Direito Penal Brasileiro: Parte geral: Princípios fundamentais e sistema*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.192.
- CARVALHO, Salo; CARVALHO, Amilton Bueno. *Aplicação da Pena e Garantismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- COMISSÃO AMICUS CURIAE. “Inconstitucionalidade da consideração da reincidência como agravante”. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 108, 2014, p. 543-562.
- COSTA JÚNIOR, Paulo José. *Curso de Direito Penal*. 10 ed.rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.
- FLEINER, Fritz. *Instituciones de Derecho Administrativo Alemán*. Barcelona: Labor, 1933.
- GALVÃO, Fernando. *Direito Penal: Parte Geral*. 5^a ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.
- GONZÁLEZ BEILFUSS, Markus. *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Cizur Menor: Editorial Aranzadi, 2003.
- GÜNTHER, Klaus. “Crítica da pena I”. In *Revista Direito GV*, n. 4. São Paulo: FGV, jul/dez 2006.

HASSEMER, Winfried. "El principio de proporcionalidad como límite de las intervenciones jurídico-penales". In: LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A.; RUSCONI, M. (Eds.). *El principio de proporcionalidad penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2014. p. 275–284.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan. A.; RUSCONI, Maximiliano. (Dirs.). *El principio de proporcionalidad penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2014, p. 16.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan A. "Cuándo penar, cuánto penar". In: LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A.; RUSCONI, M. (Eds.). *El principio de proporcionalidad penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2014. p. 285–328.

LOPERA MESA, Gloria P. *Principio de proporcionalidad y lei penal: Bases para un modelo de control de constitucionalidad de las leyes penales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006.

MARTINSON, Robert. "What works? Questions and answers about prison reform". *The Public Interest*, v. 35, p. 22–54, 1974.

MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del derecho penal*. 2^a ed. Buenos Aires: B de F, 2002.

MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal: parte general*. 8^a ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

PAGANELLA BOSCHI, José A. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 5 ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

QUEIROZ, Paulo. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 8^a ed. rev. ampl. atual. Salvador: Jus Podivm, 2012.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal, Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997.

SERRANO JÚNIOR, Odoné. BASSO, Stephan Nascimento. "Fundamentos da pena". In: BUSATO, P. C. (Coord.); CARUNCHO, A. C. (Org.), *Teoria da Pena*. Série direito penal baseado em casos. Curitiba: Juruá, 2014, p. 13-24.

STRECK, Lênio L. "Constituição, bem jurídico e controle social: A criminalização da pobreza ou de como 'la ley es como la serpiente; solo pica a los descalzos'". In *Revista de Estudos Criminais*, v. 31, n. Notadez / PUC RS / ITEC, p. 65–96, out./dez 2008.

TEIXEIRA, Adriano. "O papel da reincidência criminal na aplicação da pena – reflexões a propósito do acórdão do RE 453.000 do STF". In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 108, 2014, p. 513-540.

WELZEL, Hans. Derecho penal alemán. Tradução de Juan Bustos Ramirez e Sérgio Yanes Peréz. Chile: Jurídica de Chile, 1997.

ZAFFARONI, Eugenio R. *Manual de Derecho Penal. Parte general*. Buenos Aires: Ediar, 1996.