

FACULDADE DE DIREITO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS  
DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

INGRID SCHNEIDER

**INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA  
E VIOLÊNCIA SIMBÓLICA**

Porto Alegre  
2013

INGRID SCHNEIDER

**INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA E VIOLÊNCIA SIMBÓLICA**

Dissertação de Mestrado apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Ciências Criminais do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

Área de Concentração: Sistema Penal e Violência  
Linha de Pesquisa: Criminologia e Controle Social

Orientador: Prof. Dr. Giovani Agostini Saavedra

Porto Alegre  
2013

## RESUMO

A presente pesquisa foca-se na individualização da pena, compreendendo-a como exercício da violência simbólica a partir do campo jurídico. Parte-se da abordagem das teorias da pena que a Dogmática Penal produziu, que são de fato teorias que visam a dar legitimidade ao monopólio estatal de punir. A individualização da pena, tributária das teorias retributivas e preventivas, tem lugar no ordenamento jurídico brasileiro como um direito fundamental com assento constitucional. Embora tenha por fundamento resguardar o princípio da proporcionalidade das penas, constitui-se em mais um dispositivo do movimento de racionalização da pena, assentado em um complexo sistema de quantificação, aparentemente voltado à humanização. A solução encontrada pelo ordenamento jurídico-penal brasileiro para a individualização da pena, com a forte ponderação das circunstâncias que dizem com as características individuais do autor, tende a direcionar as sentenças na senda do Direito Penal do autor. Mantém assim presente a matriz etiológica do positivismo jurídico-penal. A análise de uma amostra de sentenças condenatórias de primeiro grau em crimes de furto e roubo simples e tráfico de drogas praticados em Porto Alegre, selecionadas a partir de apelações-crime dirigidas ao TJRS nos anos de 2009 e 2010, visa demonstrar a hipótese de que, além de reproduzir de forma literal os termos da lei sem fundamentá-los, a dosimetria da pena é permeada de noções de senso comum, o que na atualidade significa forte tendência punitivista. Não se pode, afirmar que na maioria das sentenças se aplicou critérios de individualização. De modo que, prevalecem especialmente em casos de roubo e tráfico, penas gravosas e cumpridas em regime fechado, a despeito de se tratar de uma criminalidade majoritariamente desarmada, não organizada, dispersa e com agentes e vítimas de extração popular, caracterizando assim a seletividade do sistema penal. Entende-se que tal exercício da violência simbólica - pois se trata de impor a submissão e exclusão, como se de aplicação científica de textos canônicos se tratasse - revela a forte presença de tendências antigarantistas na magistratura de primeiro grau.

**Palavras-chave:** Individualização da pena. Teorias da pena. Sentenças penais condenatórias. Violência simbólica. Campo jurídico-penal.

## ABSTRACT

This research has been focused on the individualization of punishment, understanding it as a symbolic exercise of violence coming from the legal field, starting from approaching penal theories produced by the Penal Dogmatic, which are, in fact, theories that aim to provide legitimacy to the state monopoly when punishing. The individualization of punishment, tributary from retributive and prevention theories, has taken place in the Brazilian criminal ordering as a fundamental right with constitutional entry. Although its basis has been saving the principle of penal proportionality, it has also constituted one more dispositive for the movement of penal rationalization, fixed on a complex quantification system, apparently turned to humanization. The solution found by the Brazilian legal and criminal ordering for the individualization of punishment, strongly deliberating the circumstances that not only meet the author's individual characteristics, but also tends to direct sentences in the pathway of Criminal Law by him, has maintained present, this way, the etiological pattern of legal and criminal positivism. Thereby, the analysis of a sample of first degree condemnation sentences on theft or simple stealing and drug traffic crimes practiced in Porto Alegre, selected from criminal appeals addressed to TJRS in 2009 and 2010, aim to demonstrate the hypothesis that, beyond reproducing law terms literally without justifying them, has indicated that criminal dosimetry was permeated by notions of common sense, what currently has signified a strong punitive tendency. It is not possible, however, to affirm that individualization criteria have been applied in most of the sentences. Therefore, they have specially predominated on stealing and traffic cases, onerous punishments, and being executed in closed regime, regardless of dealing with criminality mostly unarmed, non-organized, disperse and with agents and victims from popular extraction, characterizing, thus, the selectivity of the criminal system. Such symbolic exercise of violence has been understood – once it means imposing submission and exclusion, as if it were the scientific application of canonic texts - as revealing the strong presence of anti-guaranteed tendencies in the magistracy of the first degree.

**Key words:** Individualization of punishment. Penal theories. Criminal condemnatory sentences. Symbolic violence. Legal and criminal

## LISTA DE TABELAS

Tabela 1: Número de julgados em Apelação Crime/RS (2006 -2011) .....	117
Tabela 2: Número de réus por processo em sentenças condenatórias em furto e roubo - Porto Alegre (2009-2010) .....	121
Tabela 3: Circunstâncias do crime em sentenças condenatórias em furto e roubo - Porto Alegre (2009-2010).....	122
Tabela 4: Caracterização da violência ou grave ameaça em sentenças condenatórias em crimes de roubo - Porto Alegre (2009-2010) .....	123
Tabela 5: Pena-base em sentenças em crime de furto e roubo - Porto Alegre (2009-2010)..	125
Tabela 6: Sentenças condenatórias em crime de furto e roubo, pena-base acima do mínimo, circunstâncias judiciais que agravaram a pena - Porto Alegre (2009-2010).....	125
Tabela 7: Acórdãos em apelação crime de sentenças condenatórias em furto e roubo - Porto Alegre (2009-2010).....	134
Tabela 8: Acórdãos em apelação crime de sentenças condenatórias em furto e roubo providos ou parcialmente providos - Porto Alegre (2009-2010).....	134
Tabela 9: Artigo da lei de drogas aplicadas em sentenças condenatórias - Porto Alegre (2009-2010) .....	140
Tabela 10: Concurso material em sentenças condenatórias em crimes de tráfico de drogas - Porto Alegre (2009-2010).....	141
Tabela 11: Número de réus em sentenças condenatórias em crime de tráfico de drogas – Porto Alegre (2009-2010).....	141
Tabela 12: Antecedentes e reincidência em sentenças condenatórias em crime tráfico de drogas - Porto Alegre (2009-2010) .....	141
Tabela 13: Aplicação das causas de diminuição, isenção e aumento da pena em sentenças condenatórias em crime tráfico de drogas - Porto Alegre (2009-2010) .....	141
Tabela 14: Pena-base em sentenças condenatórias em crime de tráfico de drogas - Porto Alegre (2009-2010).....	142
Tabela 15: Pena definitiva em sentenças condenatórias em crime tráfico de drogas - Porto Alegre (2009-2010).....	143
Tabela 16: Regime inicial de cumprimento da pena em sentenças condenatórias em crime de tráfico de drogas - Porto Alegre (2009-2010).....	143
Tabela 17: Droga apreendida.....	143
Tabela 18: <i>Crack</i> apreendido (pedras).....	143
Tabela 19: Cocaína apreendida (quantidades).....	143
Tabela 20: Maconha apreendida (quantidades).....	143
Tabela 21: Acórdãos em Apelação Crime de sentenças condenatórias em crimes de tráfico de drogas - Porto Alegre (2009-2010) .....	144
Tabela 22: Acórdãos em Apelação Crime de sentenças condenatórias em crimes de tráfico de drogas, providos ou parcialmente providos - Porto Alegre (2009-2010) .....	144
Tabela 23: Número e tipos de condenações .....	151

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	13
<b>1 SENTENÇAS CRIMINAIS CONDENATÓRIAS E FUNÇÕES DA PENA</b> .....	19
1.1 AS FUNÇÕES DA PENA NA DOGMÁTICA JURÍDICA: TEORIAS PARA A SUA LEGITIMAÇÃO .....	21
1.1.1 A pena como instrumento de retribuição.....	23
1.1.2 Pena como prevenção especial.....	25
1.1.3 A pena como prevenção geral.....	28
1.1.4 Teorias mistas e unificadoras .....	31
1.1.5 O novo retribucionismo .....	32
1.1.6 Funções da pena no ordenamento penal brasileiro contemporâneo.....	35
1.2 A FUNÇÃO DA PENA: APROXIMAÇÕES CRÍTICAS.....	37
1.2.1 As teorias da pena como limite a um Direito Penal humanizado.....	37
1.3 PENA E CONTROLE SOCIAL .....	43
1.3.1 Punição e ordem moral .....	44
1.3.2 Pena e poder disciplinar.....	47
1.4 PENA, SENTENÇA CRIMINAL E CRIMINALIZAÇÃO.....	50
<b>2 ENTRE A DOGMÁTICA PENAL E A CRIMINOLOGIA: A INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA</b> .....	54
2.1 SOBRE DELITOS E PENAS .....	54
2.2 ORIGENS.....	58
2.2.1 Dos suplicios à sanção racional .....	59
2.2.2 Humanizar as penas, individualizar a punição.....	61
2.2.3 Tensão entre o princípio da legalidade e a individualização das penas: duas tradições. ....	65
2.3 A INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA EM DIFERENTES SISTEMAS PENAIS.....	69
2.3.1 A aplicação da pena nos Estados Unidos.....	69
2.3.2 A individualização da pena no ordenamento jurídico-penal português.....	73
2.4 SENTENÇA: APLICAÇÃO DA PENA NA DOGMÁTICA JURÍDICA NO BRASIL.....	76
2.4.1 Origens e sistemática adotada pela Parte Geral do Código Penal de 1984 para fixação da pena.....	77
2.4.1.1 Breves referências históricas .....	77
2.4.2 Individualização da pena e circunstâncias judiciais do crime.....	79
2.5 CULPABILIDADE, INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA, CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DO CRIME E VIOLÊNCIA SIMBÓLICA.....	84
2.5.1 A tensão entre discricionariedade e vinculação judicial .....	84
2.5.2 Questões críticas na dogmática penal da determinação da pena .....	85
2.5.3 Individualização da pena e culpabilidade .....	87
<b>3 DELINEAMENTOS TEÓRICO-METODOLÓGICOS DA PESQUISA</b> .....	90
3.1 SENTENÇAS CRIMINAIS CONDENATÓRIAS: O DISCURSO JURÍDICO COMO VIOLÊNCIA SIMBÓLICA.....	90
3.2 SENTENÇAS CRIMINAIS EM DIFERENTES PERSPECTIVAS.....	91
3.2.1 Perspectivas criminológicas.....	91
3.2.1.1 Sentenças e penas: uma análise criminológica comparativa .....	91
3.2.1.2 Olhares a partir de uma outra criminologia.....	94
3.2.2 Teorias da decisão judicial.....	96
3.2.3 Linguagem e criminalização .....	98
3.3 METODOLOGIA PARA ANÁLISE DAS SENTENÇAS.....	102
3.3.1 A construção do objeto.....	103

3.4 ANÁLISE DAS SENTENÇAS.....	109
<b>4 SENTENÇAS CONDENATÓRIAS EM CRIMES PATRIMONIAIS E DE TRÁFICO NA COMARCA DE PORTO ALEGRE - 2007 -2010 .....</b>	<b>114</b>
4.1 NOTAS PARA UMA LEITURA CRÍTICA.....	114
4.2 CRIMES PATRIMONIAIS: FURTO E ROUBO.....	116
<b>4.2.1 Leitura e interpretação do conjunto da amostra.....</b>	<b>120</b>
<b>4.2.2 <i>Habitus</i> e temas relevantes.....</b>	<b>126</b>
4.2.2.1 A defesa da reincidência.....	130
4.3 CRIME DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES.....	134
<b>4.3.1 Análise de sentenças em crime de drogas: aplicação da lei nº 11.343/06.....</b>	<b>140</b>
<b>4.3.2 Temas emergentes: o crime tráfico, sua vítima, sua natureza hedionda.....</b>	<b>144</b>
4.4 SENTENÇAS CRIMINAIS CONDENATÓRIAS: AINDA DE PUNIR OS POBRES .....	147
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>156</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>162</b>
<b>APÊNDICES.....</b>	<b>169</b>
APÊNDICE A - Construção da Amostra .....	170

## INTRODUÇÃO

A presente dissertação tem por tema um dos momentos do processo de criminalização, qual seja, a individualização judicial da pena. Mediante procedimentos ritualizados e de agências especializadas que conformam o sistema penal, o Estado, nas sociedades contemporâneas, seleciona um número reduzido de pessoas sobre as quais exercerá o seu poder punitivo, iniciando pela persecução policial até a condenação judicial e execução da pena. Diz-se número reduzido de pessoas, pois, se houvesse maneira - recursos, interesse político - de executar todo o programa repressivo contido na legislação penal material, seria necessário aplicar penas a praticamente toda população.

Todo o processo de criminalização visa, em última instância, à supressão da liberdade. A criminalização e a pena contrapõem-se à liberdade, fundamento de toda ordem jurídica. Tavares<sup>1</sup> aponta a fragilidade e insuficiência da legitimação da pena a partir apenas da sua legalidade, que não é suficiente para garantir-lhe legitimidade. Se a tradição jurídica não alcançou provar a legitimidade da pena, somente apoiada nos pressupostos da legalidade - lesão a bem jurídico, fragmentariedade, intervenção mínima, humanidade, necessidade de intervenção da lei penal, clareza e taxatividade dos seus enunciados -, talvez os fundamentos empíricos da pena poderiam legitimá-la: sua função social e o consenso social. O autor descarta a utilidade social da pena por seus efeitos em termos de exclusão social e estigmatização que anulariam qualquer potencial utilidade, e o consenso social, por se tratar de uma impossibilidade em sociedades de classe. Se insuficientes os fundamentos normativos ou empíricos, Tavares conclui que abolir a punição passa a ser uma proposta “não indecorosa”.

Assim como o Direito Penal não tem conseguido responder às perguntas essenciais sobre o ser da pena, neste início do século XXI, em tudo que é humano, vivemos uma época de “perguntas fortes e respostas fracas”, como escreve Boaventura Santos<sup>2</sup>. Quanto ao Direito nesta quadra histórica, segundo o autor, também tem se constituído em uma resposta fraca, porque convive com os regimes autoritários e impunidade dos poderosos, oferece às classes populares sua face repressiva e muito pouco de sua dimensão protetora e porque “com o positivismo o que é juridicamente correto prevalece sobre o que é socialmente justo”.

O sistema penal no Brasil revela seu incontestado fracasso frente à promessa sempre renovada de garantir segurança aos cidadãos. É sabido que o número de presos aumentou

---

<sup>1</sup> TAVARES, Juarez. **Os objetos simbólicos da proibição**: o que se desvenda a partir da presunção de evidência. Disponível em: <<http://www.juareztavares.com/textos.html>>. Acesso em: 5 dez. 2012.

<sup>2</sup> SANTOS, Boaventura de Souza. **Sociología jurídica crítica: para um nuevo sentido común em el derecho**. Madrid: Editorial Trotta, 2009, p. 13-4.

exponencialmente nos últimos anos, sem que tenha havido proporcional recuo das estatísticas criminais. Os dados sobre o sistema prisional no Brasil são precários. Mesmo assim é nítida uma curva fortemente ascendente do encarceramento que vai de 87,87 presos por 100 mil habitantes em 1994 para 288,14 em junho de 2012.<sup>3</sup> No mesmo período, houve um recrudescimento da criminalidade violenta, que pode ser medida pelo aumento do número de homicídios que passou da taxa de 18,7 por 100 mil habitantes em 1993 para 28,16 em 2003, estabilizando-se em torno de 25,2 no final da década.<sup>4</sup> No entanto, há uma evidente desproporção entre o grau de recrudescimento do encarceramento se comparado à curva ascendente e depois estacionária dos homicídios. Por outro lado, salta aos olhos o vazio do discurso sobre humanização da pena e sobre a promessa de recuperação dos condenados quando se descreve as condições de vida nas prisões. Tanto que, em 10 de janeiro do presente ano, o Fórum da Questão Penitenciária enviou à Comissão Interamericana de Direitos Humanos da OEA uma representação contra o Governo do Estado do Rio Grande do Sul, em função das condições infra-humanas em que se encontra o Presídio Central de Porto Alegre.

Há uma evidente fragilidade do Estado em garantir a segurança dos cidadãos, proteger sua vida e seus bens materiais e ao mesmo tempo garantir mínimas condições de civilidade no interior do sistema prisional. A mídia nacional se alimenta morbidamente das crônicas da criminalidade violenta. O medo do crime é o caldo de cultura do clamor por mais punição, leis mais duras, mais prisões e maior eficiência policial, como se um dia a promessa - engodo mais que secular - de que o sistema penal será um freio definitivo à criminalidade, viesse a se realizar.

A crise do sistema penal não se constrói em um espaço auto-referido, sem vínculos com a realidade social. É parte de um processo de transformação do regime capitalista - internacional e nacional - que se desenha desde os anos 70 do século passado, denominado alternativamente - em contextos teóricos diferentes - de era pós-moderna, globalização, mundialização, entre outros.

Segundo Bauman<sup>5</sup>, no mundo pós-moderno, para ser admitido socialmente, o ser humano precisa deixar-se seduzir pelo inebriante mercado consumidor, procurar sempre novas e intensas experiências. Os que não passam por este teste serão os “impuros”, os excluídos modernos, candidatos potenciais ao encarceramento, pois “se é mais barato excluir e encarcerar os consumidores falhos para evitar o mal, isso é preferível ao restabelecimento de seu status de consumidores”.

---

<sup>3</sup> BRASIL. **Ministério da Justiça**. Disponível em: <<http://www.mj.infopen.gov.br>>. Acesso em: 25 jan. 2012.

<sup>4</sup> CARVALHO, Salo de. **O papel dos atores do sistema penal**. (O exemplo privilegiado da Aplicação da Pena). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 37.

<sup>5</sup> BAUMAN, Zygmunt. **O Mal-estar da modernidade**. Rio de Janeiro: Zahar, 1998, p. 25.

Poderia parecer paradoxal constatar que no interior da modernidade que assentou os fundamentos de um Direito Penal “humanizado”, no coração da sociedade dita pós-moderna, fortaleceu-se um impressionante recrudescimento dos sentimentos em prol de maior controle social, mais punição e mais encarceramento, disseminados na sociedade, bem como no próprio campo jurídico. E este fenômeno é compartilhado por países ditos de primeiro mundo e países de capitalismo tardio como os latino-americanos. Adotando uma perspectiva comparativa em termos temporais e espaciais, há que se concluir que não existe uma necessária correlação, linear e ascendente, entre desenvolvimento econômico e tecnológico e aperfeiçoamento das formas de solidariedade humana.

No entanto, é exatamente essa tendência ao recrudescimento da volúpia punitiva que se manifesta no plano societário - e que tem audiência entre os operadores do Direito na área penal -, que vem sendo analisada por pesquisas na área do Direito e Processo Penal, bem como da Antropologia, Sociologia e Criminologia.

Não é correto atribuir apenas ao populismo punitivo de boa parte do Congresso Nacional, sempre pronto a editar leis “mais duras contra o crime”, nem a um improvável aumento da eficiência persecutória do aparato policial, o vertiginoso aumento do encarceramento. Há uma cadeia decisional que vai desde a atuação policial até a gestão prisional que precisa estar sintonizada com a lógica punitivista para que se materialize. O Poder Judiciário detém forte protagonismo no conjunto do sistema penal, que se manifesta por meio dos atos da magistratura, ao receber ou rejeitar a denúncia, na instrução do processo e, principalmente, na sentença e na execução da pena.

O objeto empírico selecionado para analisar foi a fase judicial do processo de criminalização, que se concretiza na sentença penal condenatória. Necessário se fez circunscrever o tempo e lugar: selecionou-se Porto Alegre, entre e o período entre 2009 e 2010, para garantir uma delimitação atualizada no tempo e abordável quanto ao volume de informação. Quanto à operacionalização, em se tratando de uma pesquisa desenvolvida de modo individual, foi necessário contar com os recursos disponíveis em meio eletrônico: partindo dos acórdãos em Apelação Criminal, matéria de furto e roubo, julgados nos anos de 2009 e 2010, chegou-se às sentenças de primeiro grau prolatadas em sua ampla maioria no mesmo período, eventualmente estendendo-se até os anos de 2008 e 2007. Serão analisadas, também, sentenças em matéria de tráfico de drogas, tema que se oferece à análise à medida que se agiganta o número de pessoas presas por este motivo e que, por motivos políticoideológicos, parece ser sempre questão emergente e urgente.

Tratar-se-á da aplicação da pena, em perspectiva que se apoiará na Dogmática Penal, sem nela circunscrever o objeto da pesquisa, pois que se trata de investigação que se constrói com os olhos voltados a uma temática de matriz criminológica: a pena condenatória criminal como exercício de violência simbólica que tem a potencialidade constitutiva de alterar radicalmente o *status libertati* daqueles capturados por sua implacável lógica de selecionar e por vezes segregar - mas sempre punir -, os que, em tese, ofenderam bens penalmente protegidos. Como há mais de dois séculos a pena privativa de liberdade se tornou a forma por excelência de punir, a prisão, com todas suas mazelas, será obrigatoriamente tema subjacente.

O discurso jurídico-penal a ser analisado será tomado enquanto constitutivo das lutas simbólicas que se travam no âmbito do campo jurídico<sup>6</sup> - particularmente o sub-campo do Direito Penal -, para definir o discurso legítimo e competente, apto a interpretar e aplicar “corretamente” as normas penais. Não se trata de uma análise de discursos desconectados do contexto de sua produção. Ao contrário, parte-se do entendimento de que sentenças judiciais não são redutíveis à pura dedução lógica, da regra aplicada ao caso como silogismo.

O problema assim definido teoricamente busca somar-se ao movimento intelectual e social de crítica do atual sistema penal. A contribuição deste projeto está em problematizar a sobrevivência, não somente no inconsciente coletivo, mas também no mundo acadêmico e nos tribunais, concepções que acolhem princípios do direito penal positivista, que propunha, por exemplo, que a punição fosse graduada pela medida da “periculosidade” do autor do delito, julgando o que o autor é, ao invés de se concentrar na punição do fato criminoso.

No primeiro capítulo discute-se a fundamentação do direito de punir, ou seja, as teorias chamadas de positivas da pena, as quais Zaffaroni, Batista e Alagia *et al.*, denominaram de teorias de justificação da pena. Submetem-se tais teorias à crítica teórica, bem como à crítica indireta que se pode depreender das análises de Durkheim e Foucault sobre crime e pena, nas quais os autores, em perspectivas teóricas não convergentes, discutem a função social do crime e da pena.

O segundo capítulo, que é tributário do primeiro, onde se discute a fundamentação da pena, trata dos caminhos que a Dogmática trilhou em sua trajetória mais que secular em busca de dar um viés de racionalidade ao monopólio estatal do poder de infligir a pena, especificamente, da individualização da pena.

Garantia constitucional prevista no art. 5º, inciso XLVI da Constituição da República de 1988, a individualização da pena é traduzida em termos de dosimetria da pena ao se

---

<sup>6</sup> Os conceitos de “campo”, “violência simbólica” e “*habitus*”, são originários da obra do sociólogo Pierre Bourdieu e serão desenvolvidos nos itens referentes à metodologia.

considerarem as circunstâncias judiciais e posteriormente, as circunstâncias legais do Código Penal em vigor. Ao fixar a pena de acordo com o sistema de três fases previsto no capítulo sobre a aplicação da pena, o juiz inicia pela denominada “pena base”, atendendo aos critérios estabelecidos no art. 59 do Código Penal e mantendo-se nos limites entre o mínimo e máximo da chamada “pena abstrata”.

Tendo em conta o sistema trifásico adotado pelo Código Penal, o juiz poderá vir a alterar a pena base fixada considerando as circunstâncias agravantes e as circunstâncias atenuantes (art.61 e 62), finalizando o cálculo com a consideração das causas de aumento ou diminuição da pena, previstas na Parte Geral e Especial do Código Penal.

As chamadas circunstâncias judiciais do crime serão o foco da análise a ser desenvolvida. Entende-se que ao aplicar os critérios das circunstâncias judiciais, abre-se uma oportunidade, especialmente a partir de conceitos como “culpabilidade”, “antecedentes”, “conduta social” e “personalidade do agente” para a prática do chamado “Direito Penal do autor”, centrado na ideia de personalidade voltada para o crime, reminiscência da escola penal etiológica. A teoria da pena que preside o Código Penal em vigor se filiará, em tese, ao “Direito Penal do fato”, que pondera a gravidade do delito e a consequente proporcionalidade da pena a partir do grau de ofensa aos bens jurídico-penais.

Após este percurso Dogmático e Criminológico, no capítulo 3 apresenta-se a perspectiva teórico-metodológica da pesquisa. Mais uma vez, retoma-se a compreensão sobre o campo jurídico e o discurso jurídico-penal enquanto exercício da violência simbólica de Bourdieu<sup>7</sup> como centrais para orientar a leitura das sentenças criminais condenatórias. Destaca-se que, mesmo em se trabalhando essencialmente com discursos, portanto, com a linguagem, as sentenças condenatórias têm efeito constitutivo, pois incidem de maneira a alterar profundamente os fatos da vida dos condenados. Neste capítulo desenvolve-se também os critérios que foram usados para selecionar uma amostragem do conjunto das sentenças do universo já referido. Os passos e técnicas de amostragem constam do Apêndice A.

O capítulo 4 é dedicado à análise das sentenças, cujo resultado é apresentado em tabelas, que são comentadas na perspectiva acima definida. O subcapítulo dedicado aos crimes patrimoniais é precedido de uma resenha sobre pesquisas acerca da matéria e análise da legislação pertinente. Da mesma forma se procede antes de analisar os dados referentes aos crimes de tráfico de drogas. A conclusão deste capítulo não difere muito do diagnóstico feito em outras pesquisas em matéria de crimes patrimoniais e de tráfico: a aplicação da legislação ocorre dentro de uma orientação majoritariamente positivista, o que tem íntima relação com penas e

---

<sup>7</sup> BOURDIEU, Pierre. A força do Direito. Elementos para uma sociologia do campo jurídico. In: \_\_\_\_\_. **O poder simbólico**. 13.ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010.

regimes de cumprimento bastante gravosos para os bens jurídicos ofendidos e se inscrevem nitidamente na perspectiva do Direito Penal do autor, o que se evidencia na matriz perigosista do discurso.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

De acordo com o Código Penal em vigor, o juiz, ao individualizar a pena, deve fixá-la atendendo às circunstâncias do agente e do fato criminoso, devendo ser graduada a um nível necessário e suficiente para promover a reprovação e a prevenção do crime. Sobrevive, portanto, uma finalidade da pena que, no dizer de Geraldo Prado, insiste em ressocializar dessocializando e reintegrar marginalizando. Essa “missão” da pena se materializa na sentença condenatória no momento de sua individualização, para posterior condenação e execução.

Na presente dissertação, buscou-se submeter as finalidades manifestas da pena e sua dosimetria à crítica teórica, nos capítulos 1 e 2, bem como à verificação empírica no capítulo 4, de acordo com parâmetros teórico-metodológicos definidos no capítulo 3.

Com “verificação empírica” quer-se significar a submissão dos textos incriminadores - as sentenças condenatórias - à crítica que tem por baliza não apenas o fato de estarem ou não de acordo com os cânones do Direito, do que resultaria uma análise cujo horizonte máximo seria a discussão sobre sua legalidade. O objetivo da crítica tecida nesta dissertação se projeta para além do campo da Dogmática e da Jurisprudência Penal, pois pretende discutir a legitimidade da pena no plano do “ser da pena”, não se circunscrevendo a seu “dever ser”. Para tanto, relaciona-se as sentenças condenatórias com a problemática do encarceramento e da seletividade daqueles indivíduos que tiveram suas condutas capituladas em determinados tipos penais e condenados a penas que são na sua grande maioria restritivas de liberdade, e, diga-se, desproporcionalmente severas em sua maioria.

Não seria difícil provar a seletividade do sistema penal comparando-se a demografia e estratificação social da população brasileira com os mesmos indicadores aplicados à população carcerária. A desproporcionalidade com que os pobres são representados na população carcerária não deixaria escolha: ou bem se adota uma interpretação que atribui a criminalidade diretamente a uma origem social - a explicação etiológica -, ou bem se inverte o vetor interpretativo e é no sistema penal que se encontra a origem de tal seletividade. Nossa pesquisa buscou elementos teóricos e empíricos na direção da segunda tese.

Assim também não seria difícil provar a legalidade da maioria das sentenças condenatórias analisadas nesta dissertação. Provada a autoria e materialidade e aplicando-se apropriadamente os dispositivos legais que regulam a dosimetria da pena, a sentença cumpriu os rituais da legalidade. No entanto, nunca se condenou tantos brasileiros a penas restritivas de liberdade, e por crimes que não se situam no ápice da escala da violência.

Se os setores hegemônicos no interior do sub-campo jurídico penal conseguem fazer prevalecer suas teses, próprias de um direito penal do autor e informadas pela ideologia da defesa social, é porque têm capital científico para tanto e capital social suficiente para impor suas pautas, não apenas no interior do campo jurídico, mas igualmente junto a amplos setores da sociedade, particularmente junto à mídia. Ao mesmo tempo, naturalizar a dramática discriminação que sofrem os pobres no tocante à criminalização, em nome de um positivismo que olímpicamente parece desconhecer as consequências do endurecimento das leis penais e de sua interpretação, é insustentável. Então, haveria uma conspiração em favor da segregação social pela via penal?

Neste ponto, procurou-se evitar uma interpretação maniqueísta e conspirativa da história ou apelar para um determinismo simplista para o qual a lei é intencionalmente feita para punir os pobres, restando aos juízes ou a discriminação dentro da legalidade, ou o julgamento justo *contra legem*.

O conceito de campo jurídico formulado por Pierre Bourdieu permite dar conta da autonomia relativa que os juízes, que fazem da interpretação e aplicação do Direito o seu *metier*, desfrutam em sua atividade. Ao mesmo tempo, permite visualizar a anatomia das lutas que se travam no interior de suas instituições pelo “direito de dizer o direito”. Ou seja, o campo jurídico não é nem totalmente determinado pela estrutura e pela lutas sociais que se travam na sociedade, tampouco é um mundo à parte, “congelado” em torno de querelas dogmáticas que nada teriam a ver com a sociedade e seu tempo. É um campo de forças que atua no sentido da conservação e um campo de luta que atua no sentido da transformação.

Igualmente relevante é o conceito de “violência simbólica”, pois não há outro campo social a partir do qual se exerce tão claramente a dominação a partir do discurso, a partir da enunciação. Enunciado a partir de um lugar onde pretensamente reina o racional, a lógica e a neutralidade - a Dogmática Penal - o discurso jurídico-penal aparenta ser um discurso sem autor. Assim sendo, a decisão judicial se reveste de eficácia simbólica ao aparecer como “não arbitrária”, e legítima por ser cientificamente fundamentada.

Teoricamente orientada a partir deste quadro conceitual, a construção do objeto da pesquisa reclamava uma compreensão sobre os fundamentos do poder de punir. Partiu-se de uma revisão das teorias da pena que a Dogmática Jurídica construiu - retribucionismo, prevenção geral e especial -, entendendo-as como teorias de justificação do poder de punir estatal, para criticar seus fundamentos contrapondo-as às posições de autores que não vislumbram na pena - em especial na pena de prisão - nenhuma finalidade positiva. Sendo então, a pena a imposição da dor sem que se cumpram as promessas de prevenção ou ressocialização, eis que é, ao contrário,

frequentemente criminógena, os autores críticos convergem na perspectiva de um direito penal mínimo, que seja efetivamente a *ultima ratio*.

As teorias da pena se situam no plano do dever ser. Foram elaboradas para dar sentido e propósito ao *jus puniendi* estatal, tendo por finalidade latente o controle do fenômeno criminoso. A Dogmática Jurídica Penal não se coloca como problema aferir se tais propósitos vêm sendo alcançados, matéria reservada à Criminologia ou às Ciências Sociais em geral. Revisitou-se, neste ponto, as originais - cada uma a seu tempo - abordagens de Durkheim e Foucault: o primeiro, atento à regra metodológica de “explicar os fatos sociais por meio de outros fatos sociais”, inovou ao afirmar que o crime é “fato social normal”, afirmativa por demais secularizada a um tempo em que ainda preponderantemente se associava crime a maldade inata, quiçá ao pecado; o segundo, ao descer às entranhas do sistema prisional, desestabilizou definitivamente o discurso liberal de humanização das penas e desvendou sua vocação para disciplinar e normalizar. Toda análise sobre a direção na qual evolui o sistema legal, bem como o sistema penal, não se completa sem que se avalie de que maneira tem resolvido, ou não, os conflitos sociais que se judicializam. Diga-se também, à propósito do sistema penal e do ordenamento jurídico penal, há que se analisar quais conflitos tem criado, a exemplo do super encarceramento.

Se as teorias da pena não cumpriram sua promessa - de justificar racionalmente o poder estatal de impor a dor -, a Dogmática Jurídica não se descurou da medida da pena. Beccaria, para citar um autor paradigmático do iluminismo penal, já defendia a necessidade das penas não punirem as intenções do criminoso, guardando proporcionalidade ao prejuízo causado à sociedade. Uma referência histórica à maneira como o princípio da individualização da pena se incorporou aos ordenamentos jurídicos de tradição de *common law* em comparação com os sistemas europeus continentais, demonstra que de um lado temos mais discricionariedade do juiz para individualizar, e de outro, no caso europeu, mais rigidez e limites à discricionariedade do juiz, especialmente no período pós-revolucionário dos séculos XVIII e XIX. O percurso da individualização da pena no Brasil aponta na direção de uma maior discricionariedade judicial, limitada hoje, por exemplo, aos limites legais: máximo e mínimo de pena para cada crime e da aplicação obrigatória das qualificadoras. A comparação com o sistema americano à época áurea do correccionalismo e da pena indeterminada demonstra, a nosso entender, a distância da metodologia do Código Penal brasileiro com relação a uma individualização efetiva e radical, com ampla discricionariedade judicial combinada com a individualização da execução penal sob controle administrativo.

Pesquisas sobre a aplicação do Direito Penal, particularmente sobre as sentenças condenatórias podem ter diferentes orientações teórico-metodológicas. Refletiu-se nesta dissertação sobre abordagens de cunho criminológico que comparam as tendências a maior ou menor severidade das penas ou com diferentes níveis de criminalidade presentes em cada sociedade, ou como diferentes culturas e influências geopolíticas podem influir na política criminal de um país. Outra direção de pesquisa pode ser a da teoria da decisão judicial, que é relevante, pois joga luz sobre a questão da resposta adequada à Constituição, pertinente por tratarmos do direito constitucional à individualização da pena.

Fundamental para a pesquisa aqui desenvolvida são as reflexões trazidas sobre a relação entre sentença e linguagem, particularmente porque estabelece a conexão entre a leitura de sentenças e a teoria do etiquetamento, também porque esclarece quanto à natureza constitutiva da sentença condenatória. A sentença condenatória, além de transformar a situação do indivíduo de inocente em culpado, tem o potencial de estigmatizá-lo, lhe retira direitos vários, entre os quais a liberdade.

Estabelecida a relação linguagem e sentença condenatória, colocamo-nos no plano do discurso jurídico-penal, a partir do qual apresentamos a escolha teórico-metodológica que consideramos mais adequada para a compreensão do conjunto das sentenças a serem analisadas. Já nos referimos anteriormente aos motivos que nos levaram a decidir pela proposta teórico-metodológica de Bourdieu, que abre a perspectiva de uma leitura de sentenças que as subtrai do arbitrário e do não motivado, relacionando-as com o jogo que se joga no interior do campo jurídico, na luta em torno da interpretação legítima do texto da lei. Se tal discurso se legitima, como se constatou na análise das sentenças no capítulo 4, pela interpretação literal do texto da lei, não é porque esta forma de aplicá-la está mais próxima da verdade, mas antes, porque corresponde mais de perto à tradição positivista – paleopositivista como prefere Salo de Carvalho - hegemônica no campo jurídico-penal no Brasil.

Por fim, algumas questões merecem destaque quanto à análise das sentenças da amostra. Primeiro, reconhecemos um recuo em relação às pretensões originais do projeto de pesquisa que pretendia trabalhar com análise de discurso com o objetivo secundário de identificar as diferentes interpretações da dosimetria da pena presentes no subcampo jurídico-penal em Porto Alegre. A quase uniformidade das sentenças que confluem, no que tange à aplicação do artigo 59 do Código Penal - foco desta dissertação -, em torno do texto legal, desencorajou tal perspectiva. Restou o caminho da análise dos conteúdos dos mandamentos da sentença, em termos dos seus resultados. A nosso favor, a possibilidade de cotejar a presente pesquisa com outras

anteriormente desenvolvidas sobre sentenças em matéria de crimes patrimoniais e crimes de tráfico de drogas.

No caso das sentenças em crimes de tráfico de drogas, por se tratar do tipo penal que tem sido mais associado ao crescimento dos índices de violência na sociedade, como se fosse uma espécie de nova “fonte de todo o mal”, imaginava-se antes de tratar os dados das sentenças, que haveria um grande diferencial em desfavor dos réus em comparação com outros crimes. No entanto, quanto a este aspecto, a grande diferenciação, se compararmos as sentenças em crimes de roubo, não se situa no quantitativo da pena em relação à pena mínima, mas no regime inicial de cumprimento da pena, sendo que em mais de 85% dos casos foi aplicado o regime fechado. Em se tratando, como se demonstrou, de uma criminalidade majoritariamente individual, composta de réus primários, dispersa, de extração social predominantemente popular, que trafica baixos volumes de drogas, possivelmente para sustentar o próprio vício, as consequências tendem a ser de criar um círculo vicioso de aprisionamentos sucessivos. Essa é claramente uma consequência do apontado movimento Lei e Ordem que equiparou em vários aspectos os crimes de tráfico a outros crimes, como o de tortura, classificados como hediondos.

Quanto aos crimes contra o patrimônio, destaca-se a severidade com que são apenados os réus em crimes de roubo, como já foi apontado em pesquisas anteriores abordadas no capítulo 4. A facilidade com que é caracterizada a “violência ou grave ameaça” parece ser o passaporte direto para o regime fechado e a negativa de substituição da pena e da concessão de “sursis”. Embora a maioria dos furtos e roubo também se caracterizem por serem crimes praticados individualmente, de forma dispersa predominantemente nas regiões periféricas ou central, atingindo bens de baixo, se não, baixíssimo valor, a caracterização do motivo do crime, quando considerada a circunstância, é a “busca do lucro fácil”. Tanto o termo “lucro” - pois são absolutamente minoritários os assaltos a estabelecimentos ou residências onde lucros poderiam em tese ser auferidos -, quanto o termo “fácil” são absolutamente deslocados na caracterização dos crimes a que se referem. Trata-se de um julgamento moral, que carrega no subtexto a valorização das formas convencionais/convencionadas de auferir renda - trabalho e capital - contraposta ao desvalor da forma associada ao não trabalho, que por esse motivo, seria “fácil”.

Por fim, a questão da reincidência. Trata-se de um juízo sobre a personalidade do réu com consequências mais graves do que aquelas presentes nas circunstâncias judiciais do art. 59, pois é qualificadora de aplicação obrigatória que retira do réu uma série de outros direitos de liberdade potenciais, como tratado no capítulo 4. Constitui-se em um juízo de periculosidade e, mesmo que seja valorado no lapso temporal de cinco anos, uma vez considerado na dosimetria tende a ter por consequência o regime fechado de cumprimento da pena e, por consequência,

tende a ter fortes efeitos de estigmatização e criminógenos, próprios do encarceramento. Mais uma vez, tem origem direta no mandamento legal a aplicação da pena dentro de parâmetros próprios de um Direito Penal do autor. Como majorante de aplicação obrigatória, raramente deixa de ser valorada no primeiro grau, embora em instâncias superiores venha sendo questionada sua constitucionalidade, pois tratar-se-ia de um impeditivo à aplicação do princípio de individualização da pena, bem como flagrante afronta ao princípio penal do *ne bis in idem*.

O novo anteprojeto do Código Penal não oferece tratamento diferenciado para a questão da reincidência, indicativo de que não se está a esperar uma reforma de sentido da efetiva humanização das penas. Não é apenas no texto legal - embora pudesse ser um momento privilegiado para o exercício da crítica à direção que em tomando o *ius puniendi estatal* - que se inscreverão possíveis alterações no conteúdo das sanções penais, mas igualmente na interpretação e aplicação que é dada ao texto penal. Veja-se que o número de presos por crimes patrimoniais cresceu fortemente na última década, sem que alguma alteração legal tenha sido introduzida com relação ao gênero, forte indicativo de que o motivo do maior encarceramento tem origem na hegemonia punitivista no interior do subcampo jurídico-penal.

Da análise das sentenças pode-se concluir que a dinâmica do processo criminalizador segue na senda da seletividade e da estigmatização, punindo majoritariamente os pobres. Quanto à individualização da pena, a padronização dos dispositivos bem demonstra que o princípio constitucional se desconstrói a cada sentença. O alcance das conclusões que podemos extrair da amostra trabalhada nesta dissertação é limitado, no tempo, no lugar e nos tipos penais. No entanto, os resultados se somam na mesma direção de outros citados. As sentenças como já destacamos, nos oferecem uma dimensão parcial do que se passa no sistema penal, limitadas que são à esfera judicial. No entanto, é nas sentenças que podemos ler como se tece o discurso, que a partir da sua pretensa cientificidade e racionalidade, constitui a realidade do grande encarceramento a que se assiste.