

**FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA  
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**LEONARDO DA SILVA BERALDO**

**PENA CRIMINAL E SUA MENSURAÇÃO:  
ANÁLISE RETÓRICA DA SANÇÃO CRIMINAL**

VITÓRIA  
2018

LEONARDO DA SILVA BERALDO

**PENA CRIMINAL E SUA MENSURAÇÃO:  
ANÁLISE RETÓRICA DA SANÇÃO CRIMINAL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao  
Curso de Direito da Faculdade de Direito de Vitória  
– FDV, como requisito parcial para obtenção do  
título de Bacharel em Direito.

Orientador: Professor Doutor João Maurício  
Adeodato.

VITÓRIA

2018

LEONARDO DA SILVA BERALDO

**PENA CRIMINAL E SUA MENSURAÇÃO:  
ANÁLISE RETÓRICA DA SANÇÃO CRIMINAL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Faculdade de Direito de Vitória – FDV, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Aprovado em \_\_\_\_ de julho de 2018.

COMISSÃO EXAMINADORA

---

Prof<sup>a</sup> Dr. João Maurício Adeodato  
Faculdade de Direito de Vitória  
Orientador

---

Prof. \_\_\_\_\_  
Faculdade de Direito de Vitória

## **AGRADECIMENTOS**

Em primeiro lugar, agradeço ao meu orientador João Maurício Adeodato, pelo respeito, carinho e atenção que sempre teve para lidar com os meus anseios, através deste grande professor pude aprender o que é gostar de estudar algo.

Agradeço à minha família, que me sustentou e me possibilitou caminhar pelos caminhos árduos, citar qualquer um deles seria uma injustiça, e por vir de uma imensa família, citar todos aqui poderia causar um problema ambiental, devido à quantidade de papel.

Agradeço também à minha segunda família, das quais gostaria de citar a minha companheira Ana Paula Lopes Bezerra, por ter me acompanhado com carinho e atenção, e a meus fiéis amigos que me ajudaram neste caminhar, como Álvaro Sobreira, Raul Costa, Lucas Rodrigues, Lucas Lessa, André Campagnaro, João Manuel, Thiago Covre, Carlos Augusto, Hiago Oliveira, Henrique Perim, Bernardo de Biase e todos os outros que apareceram neste meu caminhar.

Por fim, agradeço a todos que, direta ou indiretamente, colaboraram para que eu chegasse até aqui.

## RESUMO

O presente estudo oferece uma exposição a respeito do sistema trifásico de aplicação da sanção criminal, um sistema composto de circunstâncias judiciais, legais e especiais. Após descrever as bases fundamentais da teoria da pena, o estudo busca esclarecer se a aplicação da primeira fase deste sistema é lastreada pelo princípio da proporcionalidade. O presente estudo aplica a retórica analítica para construir a argumentação a despeito do instituto mencionado.

**Palavras-chave:** direito penal - pena – princípios – norma jurídica - retórica – argumentação.

# SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	7
<b>1. DA COMPREENSÃO HISTÓRICA E FILOSÓFICA DA PENA</b> .....	11
<b>2. DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE</b> .....	13
2.1 DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE APLICADO A MENSURAÇÃO DA SANÇÃO CRIMINAL.....	14
<b>3. DA SANÇÃO CRIMINAL NO DIREITO PENAL ATUAL</b> .....	16
3.1 DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS.....	18
3.2 DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS E SUAS DIFERENÇAS EM RELAÇÃO ÀS DEMAIS CIRCUNSTÂNCIAS.....	21
3.3 DO PROBLEMA REFERENTE AS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS.	22
<b>4 DA ABORDAGEM RETÓRICA</b> .....	23
4.1 DA QUESTÃO DO DISCERNIMENTO ÉTICO.....	24
4.2 DA RETÓRICA DA INTERPRETAÇÃO JURÍDICA .....	24
<b>5. CONSIDERAÇÕES FINAIS: DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE COMO TENTATIVA DE COMBATE À AMBIGUIDADE E À VAGUEZA DO TEXTO DA NORMA</b> .....	27
<b>6. REFERÊNCIAS</b> .....	30

## INTRODUÇÃO

A sanção criminal no Direito Penal brasileiro é dotada de regras objetivas pertencentes a um sistema trifásico. Deste sistema é possível perceber as circunstâncias judiciais, legais e especiais, a serem aplicadas após averiguar a pena em abstrato. O objetivo da sanção, como disposto no art. 59 do Código Penal é o de prevenção e repressão do delito.

Assim como em outras áreas, o Direito Penal também segue uma base de princípios, dos quais se destaca o princípio da proporcionalidade. Tal princípio se encontra presente tanto no momento em que o legislador forma as bases da pena em abstrato, quanto no momento em que o magistrado define a pena em um caso concreto.

Observa-se que as circunstâncias legais e especiais pertencentes ao sistema trifásico de apuração da pena possuem um sentido de vício e virtude, onde estar em desconformidade com o texto legal agrava a situação do apenado, bem como ao estar em conformidade com a norma alivia a situação do mesmo.

Nesse sentido, o único instituto que foge a esta regra é o das circunstâncias judiciais, onde a desconformidade com a norma agrava a situação do apenado. No entanto, a conformidade com esta não produz efeito algum, a não ser manter a pena no mesmo patamar (não agravando a situação), algo que fere o princípio da proporcionalidade.

Neste contexto, utiliza-se a retórica estratégica para propor uma interpretação do instituto das circunstâncias judiciais, prevista no art. 59 do Código Penal, que esteja em conformidade com o princípio da proporcionalidade. Tal interpretação também tem a intenção de corrigir a anomalia do sistema trifásico, onde dois institutos operam em um nexos de vício e virtude, enquanto apenas um deles existe unicamente para piorar a situação do apenado.

## 1. DA COMPREENSÃO HISTÓRICA E FILOSÓFICA DA PENA

O primeiro teórico relevante a ser analisado é o pensador iluminista Cesare Beccaria<sup>1</sup>, autor da importante obra “Dos Delitos e das Penas”, um marco de extrema relevância à concepção da pena restritiva de liberdade como meio estatal legítimo para punição.

A obra deste autor traz a concepção contratualista liberal, na qual os homens decidem livremente a criação das leis, que decorre da preocupação referente à limitação do poder que antes estava à sombra do monopólio do rei. Este direcionava às masmorras e aos suplícios sob métodos aterrorizantes qualquer um dos seus desafetos, sem qualquer restrição.

Para Beccaria, a pena surge como um meio que torna possível a civilidade, uma vez que da necessidade de resguardar a liberdade individual, viria o fundamento da punição, ou seja, fala-se na função preventiva da pena<sup>2</sup>. Neste sentido, tudo aquilo que excede a isto seria abuso de poder, e não direito legítimo<sup>3</sup>. Além do claro temor do uso discricionário da força, que justifica a contrariedade da tortura como método de confissão<sup>4</sup>. Deste ideário é que se compreende uma noção embrionária da ideia de proporcionalidade<sup>5</sup> da sanção, seguindo em sentido oposto à pena de morte e à escravidão perpétua.

Posteriormente, com o advento da escola liberal clássica, encontramos o idealismo alemão, onde é possível compreender a escola absoluta ou retribucionista da pena. Nesta análise, faz presente o pensamento de Immanuel Kant<sup>6</sup>, que contempla a justificação ética da pena.

---

<sup>1</sup> BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. São Paulo. Ed. Ridendo Castigat Mores, 1974. Pg. 15

<sup>2</sup> Idem. Pg. 19

<sup>3</sup> Idem. Pg. 20

<sup>4</sup> Idem. Pg. 36

<sup>5</sup> Idem. Pg.70

<sup>6</sup> KANT, Immanuel. **Fundamentación metafísica de las costumbres**, trad. Garcia Morente, 8. ed. Madrid, 1983.



Através da compreensão kantiana, a lei seria um imperativo categórico<sup>7</sup>, ou seja, um fim em si mesmo. Razão pela qual compreende como máxima a ideia de que o Direito seria a externalização de um arbítrio individual que não ferisse o arbítrio alheio<sup>8</sup>. Com base neste entendimento, vemos a concepção de direito penal, através do “Direito de Castigar”, transcrito pelo autor como “*poena forenses*”.

Kant, afirmava então, que a justificativa da pena não se daria por compensação ao bem lesado, ou pela busca da paz social, mas sim porque a sanção seria um resultado lógico da delinquência. Uma vez que segundo a lógica kantiana o homem não poderia ser fim de outro meio, mas sim um fim em si mesmo<sup>9</sup>. Não poderia, portanto, o homem sofrer a dor do castigo em razão da melhora ou da restituição de certo bem, mas sim porque “errou” e a sanção é um resultado deste.

A despeito da base mensurativa da pena, Kant compreende a balança de juízos através do *ius taliones*, reflexão de reciprocidade dos atos, que parte da ideia de que o mal cometido injustamente a outrem, comete a ti mesmo, sendo esta a gradação de equivalência. Isto seria a régua de Kant, mas para tanto, não poderia se dar através de um tribunal particular<sup>10</sup>.

Em contraponto a este pensamento, encontra-se Hegel<sup>11</sup>, para este, a pena não seria a decorrência natural da transgressão, mas sim, a negação da negação do Direito. Volta-se primeiramente para ideia de formação estatal hegeliana, onde a pena é fundamentada através de suas propriedades jurídicas, propriedades estas que compreendem a “vontade geral”, não em decorrência de causar mal àquele que lhe causou mal anteriormente. Portanto tal teoria também pode ser chamada de retributiva, pois retribui a negação da ordem a negação do ato que a negou.

Diante das bases fundadas através do pensamento iluminista é que se desenvolve todo o cabedal teórico para formulação de institutos basilares para a formação e

---

<sup>7</sup> Idem. Pg. 61.

<sup>8</sup> KANT, Immanuel. **Principios metafísicos de la doctrina del Derecho**, México, 1978. Pg. 32.

<sup>9</sup> KANT, Immanuel. **Fundamentación metafísica de las costumbres**, trad. Garcia Morente, 8. ed. Madrid, 1983. Pg.85.

<sup>10</sup> KANT, Immanuel. **Principios metafísicos de la doctrina del Derecho**, México, 1978. Pg. 168.

<sup>11</sup> HEGEL, Georg. F. **Filosofía del Derecho**, Espanha, 1975.

desenvolvimento do Direito Penal na contemporaneidade. É através desta base retribucionista e prevencionista formada pelos teóricos iluministas que noções de proporcionalidade e direitos fundamentais são encaradas por teóricos do mundo ocidental, principalmente dos países que possuem regramento de tradição romano-germânica para estabelecer as bases sob como percebemos a punição do cidadão através do corpo estatal.

Mais tarde, a ideia de vontade geral passa a ser destrinchada sob o ponto de vista do penalista espanhol Santiago Mir Puig<sup>12</sup>. Para o autor, uma vez que o ato criminoso viola e nega a vontade geral, e para a afirmação da vontade geral, faz-se necessária a negação do ato que nega tal vontade. Tal negação se vê através da sanção penal, a intensidade da pena então se dará em função da intensidade da negação, e em virtude da afirmação da vontade que se negou.

Em retorno aos prevencionistas encontra-se o pensamento de Feurbach, que reafirma a ideia de a lei penal ser a expressão do contrato social<sup>13</sup>. Por consequência, a lei penal é incumbida de garantir o exercício dos direitos subjetivos, encontrando a ideia de limitação nos outros direitos subjetivos<sup>14</sup>. É através desta compreensão que surge, segundo Hassemer<sup>15</sup>, o conceito de bem jurídico como limitador da persecução penal.

Em síntese do pensamento de bem jurídico, encontra-se o penalista brasileiro César Roberto Bittencourt<sup>16</sup>, que se refere a Feurbach como o responsável pelas categorias de prevenção geral e especial. A primeira retratando um direito penal com cunho sócio-político, onde suas ações são dirigidas para o controle social e pacificação da conflitividade, enquanto a segunda seria a repressão ao indivíduo desviante para que este não retorne ao delito.

---

<sup>12</sup> MIR PUIG, Santiago. **Derecho Penal**; Parte General, Barcelona, PPU, 1985, p. 36

<sup>13</sup> FEUERBACH, Paul J. A. R. **Tratado de Derecho Penal Común Vigente en Alemania**. Editorial Hamurabi. Buenos Aires. 1989. Pg.21.

<sup>14</sup> Idem. Pg.22.

<sup>15</sup> HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do Direito Penal**. Tradução 2ª Edição alemã, revista e ampliada, de Pablo Rodrigo Alflen da Silva, Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2005, p. 56

<sup>16</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal**; Parte Geral. 17ª ed. São Paulo, Saraiva, 2011.. Pg 295 - 296

Resta dizer ainda que existiria, dentro desta classificação, o cunho positivo e negativo das respectivas prevenções, em função justamente da natureza da prestação da pena.

Adiante, pensando nas categorias preventivas, vemos uma nova síntese, agora pelo teórico italiano Luigi Ferrajoli<sup>17</sup> que propõe, inspirado por Feurbach, uma nova categorização. No caso do teórico italiano se faz presente a prevenção geral positiva e negativa, e especial também positiva e negativa. Enquanto a prevenção geral negativa cumpre o papel intimidador do meio social, a prevenção geral positiva reafirma a fé do meio social à ordem jurídica pertencente. Em outro panorama, a preventiva especial negativa seria a reprimenda individual para evitar eventual escolha pela delinquência, enquanto a positiva seria o papel reeducador do delinquente<sup>18</sup>.

Em consonância afirmativa deste corpo teórico, o penalista alemão Welzel<sup>19</sup> também é considerado por boa parte da doutrina como precursor no que tange a prevenção geral, reafirmando o entendimento de uma função ético-social do direito penal. Neste sentido, a necessidade de pacificação da civilidade seria superior a proteção do bem jurídico, uma vez que pela característica pública da sanção penal destoaria da individualidade do direito civil, sem retirar completamente esta relevância, mas destacando o escopo principal do instituto.

Em Welzel, como sintetizado novamente por Bittencourt<sup>20</sup>, haveria um juízo de culpabilidade, sendo este representante de ausência de fidelidade, do indivíduo com a lei penal. Sendo assim a gradação da sanção retribuiria com base mensurativa, levando em conta o reforço da fidelidade dos cidadãos com o ordenamento.

Seria através da premissa de Welzel que se estabeleceu a propositura de Jakobs<sup>21</sup>, uma vez que para este o Direito penal cumpre a função orientadora das normas

---

<sup>17</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**, cit., p. 263;

<sup>18</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**, cit., p. 264.

<sup>19</sup> WELZEL, **Derecho Penal alemán**, cit., p. 11, 15 e 327.

<sup>20</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal**; Parte Geral. 17ª ed. São Paulo, Saraiva, 2011. Pg. 307

<sup>21</sup> JAKOBS, Gunther. **Derecho Penal, Parte General** — fundamentos y teoría de la imputación, Madrid, Marcial Pons, 1995, p. 8-14.

jurídicas, negando a propositura do direito penal de proteção de bens jurídicos<sup>22</sup>. Ao negar tal estirpe, retira o bem jurídico como limitante do poder sancionatório, uma vez que o escopo único, o pacificador, deveria ser a base que mensura, não somente a existência da pena, mas também o grau de intensidade desta.

Em caminho contrário encontra-se Santiago Mir Puig, que compreende a prevenção especial como fator preponderante. Sendo assim, a ressocialização seria o grande protagonista, isto é, não se fala em pena propriamente, mas medidas de ressocialização<sup>23</sup>. A conclusão deste autor seria de que, nas hipóteses em que a ressocialização não fosse possível, a sanção penal também não seria, resultando na inimputabilidade<sup>24</sup>.

Outro autor relevante é Claus Roxin<sup>25</sup>, com a teoria unificadora dialética, que diferencia a função da pena e a função do direito penal. O autor defende que o fim da pena seria de fato preventivo, ao mesmo tempo geral e especial, ideia esta que rejeita a prevenção especial negativa. A conclusão é de que no mesmo ato em que a pena reafirma a coesão social, inerentemente nesta sanção, deve existir a preocupação com a ressocialização.

Nessa lógica, o jurista alemão Hassemer<sup>26</sup> também comenta sobre o tema levando em consideração o papel limitador constitucional no apenamento, ou seja, a pena se legitima através de seu escopo social, mas também através da forma proporcional na qual é inserida na sociedade. É através da proporção, mensurada pelas limitações advindas tanto do bem jurídico, quanto nos marcos históricos limitadores da pena, que a sanção se torna legítima.

---

<sup>22</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal**; Parte Geral. 17ª ed. São Paulo, Saraiva, 2011. Pg. 310-311

<sup>23</sup> MIR PUIG, Santhiago. **La función de la pena**. 2º Ed. Casa Editorial. Barcelona. 1982 p. 28.

<sup>24</sup> Idem. p. 70.

<sup>25</sup> ROXIN, Claus. **Derecho Penal — Fundamentos. La estructura de la teoría del delito**. Trad. Diego-Manuel Luzón Pena, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remensal. Madrid, Civitas, 1997. t. I p. 95-98.

<sup>26</sup> HASSEMER, Windfried. **Fundamentos de Derecho Penal**. Barcelona, Bosch, 1984. Pg. 137.

## 2. DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

As primeiras noções de proporcionalidade caminham no sentido de limitar a autoridade estatal, autoridade esta que se predispõe à limitação de interesses individuais contrários a norma previamente destacada<sup>27</sup>. Tal virtude corresponde ao intuito da norma de zelar pelo interesse coletivo. Assim, a proporcionalidade surge como medida de atuação do Estado, através da apreciação dos meios pelos quais serão utilizados para chegar a determinado fim. Desta feita, são relacionados à proporcionalidade noções relativas à moderação, prudência, proibição de excessos, dentre outros<sup>28</sup>.

Assim, o que se observa é que esta noção reincide no subjetivismo, haja vista ausência de parâmetros objetivos que delimitem tal princípio. Por esta razão, o princípio da proporcionalidade é decomposto em três subprincípios, constituindo um núcleo trifásico de apreciação<sup>29</sup>, quais sejam, a adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. É como vemos a lição de Juarez Cirino dos Santos:

O princípio da proporcionalidade, desenvolvido pela teoria constitucional germânica – o célebre *Verhältnismäßigkeitsgrundsatz* –, é constituído por três princípios parciais: o princípio da adequação (*Geeignetheit*), o princípio da necessidade (*Erforderlichkeit*) e o princípio da proporcionalidade em sentido estrito, também chamado de princípio da avaliação (*Abwägungsgebote*). Esses princípios parciais têm aplicação sucessiva e complementar.<sup>30</sup>

O juízo de adequação se pauta na análise de que os meios correspondem um caminho hábil para chegada no fim tencionado, ou seja, aptidão para chegar no resultado desejado<sup>31</sup>. O juízo de necessidade dispõe que o meio a ser utilizado é necessariamente o meio menos gravoso dentre os disponíveis<sup>32</sup>. E por último a proporcionalidade em sentido estrito é a relação ônus e bônus das quais seus efeitos produzirão concretamente, sob uma perspectiva de sopesamento<sup>33</sup>.

<sup>27</sup> ARAÚJO, Fábio Roque da Silva. **O Princípio da proporcionalidade no Direito penal: Fundamentação Constitucional da Legitimidade e Limitação do Poder de Punir**. Revista EMERJ, v. 12. N. 45, 2009. Pg. 291.

<sup>28</sup> Idem.

<sup>29</sup> Idem. Pg. 292.

<sup>30</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**; Parte Geral. Rio de Janeiro, *Lumen Juris*, 2006. Pg.27

<sup>31</sup> Idem. Pg. 294.

<sup>32</sup> Idem. Pg. 295

<sup>33</sup> Idem. Pg. 296

## 2.1 DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE APLICADO A MENSURAÇÃO DA SANÇÃO CRIMINAL

Apesar do poder concedido pelo legislador constituinte de que a missão de incriminação de condutas estaria nas mãos do legislador ordinário, existe concretamente uma pauta de valores à serem observados, que imperarão na formação de balizas a serem seguidas<sup>34</sup>. É como vemos na lição de Fábio Araújo:

A inobservância dos vetores axiológicos instituídos pela Constituição Federal, quando da incriminação de condutas – previsão em abstrato do crime aliado à cominação das respectivas sanções penais – pode dar ensejo ao abuso de poder por parte do Legislativo<sup>35</sup>.

Segundo o pensamento de Luigi Ferrajoli<sup>36</sup>, a proporcionalidade se apresenta em três ocorrências, a primeira delas é a predeterminação, que se dirige ao legislador no momento da criação do tipo penal, e da cominação abstrata das penas máximas e mínimas.

No segundo momento, é o de determinação, esta, dirigida ao magistrado na fixação da pena, mensurando sua natureza e quantidade. Tal fase é seguida do terceiro momento que corresponde à pós-determinação, que se refere a ocasião de execução da referida pena<sup>37</sup>.

É sob a égide desta compreensão que a noção de proporcionalidade no Direito Penal se institui como limitação do exercício de sua violência. Sendo assim, deve existir uma conexão da gradação do delito, em relação à intensidade sancionatória, que só subsistirá caso siga preceitos mínimos.

Nessa continuidade, é necessário a percepção do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito dentro da esfera do Direito Penal, no qual estabelece ao legislador um *quantum* não excessivo, diante da fixação da pena máxima e mínima, dentro de sua concepção abstrata, a fim de se evitar disparidades discricionárias<sup>38</sup>.

---

<sup>34</sup> Idem. Pg. 297.

<sup>35</sup> Idem.

<sup>36</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução: Ana Paula Zomer Sica et. al. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, Pg. 367.

<sup>37</sup> Idem.

<sup>38</sup> ARAÚJO, Fábio Roque da Silva. **O Princípio da proporcionalidade no Direito penal**: Fundamentação Constitucional da Legitimidade e Limitação do Poder de Punir. Revista EMERJ, v. 12. N. 45, 2009. Pg. 314

Diante disto deve-se traçar um patamar objetivo, que parte de uma premissa de culpabilidade quantitativa e qualitativa, que seguirá um sistema trifásico, na qual se lastreia pela legislação penal positivada. O tal rol seguirá no caminho da fixação da pena base, da sua atenuação ou agravação e, em seguida, da apreciação de uma causa de aumento ou diminuição. É neste caminho que encontramos Juarez Cirino dos Santos:

A atividade intelectual de *aplicação* da pena criminal tem por objetivo estabelecer a pena *necessária e suficiente* para *reprovação e prevenção* do crime, conforme o seguinte método (art. 68, CP): a) definição da pena-base, fundada nas *circunstâncias judiciais* (art. 59, CP); b) agravação ou atenuação da pena-base, fundada nas *circunstâncias legais* (arts. 61, 62 e 65, CP); c) fixação da pena definitiva, fundada nas *causas especiais* de diminuição e/ou de aumento da pena, da *parte geral* e da *parte especial* do Código Penal.<sup>39</sup>

Neste caminho é possível perceber que a existência legítima de uma sanção criminal ocorre necessariamente através da observação do princípio da proporcionalidade, e tal apreciação só se dispõe através do caminho de preceitos objetivos e ortodoxos que não podem ser ambíguos e vagos, e que devem quantificar e qualificar baseados pelo corolário do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito aplicado ao âmbito do Direito Penal, através do sopesamento de sua intensidade.

---

<sup>39</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**; Parte Geral. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006.

### 3. DA SANÇÃO CRIMINAL NO DIREITO PENAL ATUAL

O Brasil, segundo Juarez Cirino dos Santos<sup>40</sup>, consagra as teorias unificadas da pena, uma vez que, transcrito no artigo 59 do Código Penal brasileiro<sup>41</sup> a pena cumpre o papel de reprovação, bem como de ressocialização. Extrai-se através da reprovação, a retribuição em peso da culpabilidade, enquanto a prevenção se daria tanto nas esferas especial como geral.

O mesmo autor realiza ainda, uma proposta crítica criminológica da pena criminal<sup>42</sup>, ao passo que compreende o Direito Penal como sistema dinâmico desigual, uma vez que constitui proteção seletiva de bens jurídicos, sendo esta seleção expressão de política de proteção de classes sociais. Relata também que na persecução penal o estado realizaria um processo de estigmatização seletiva na aplicação das penas, assim como na execução penal.

Demonstradas as teses das principais teorias justificativas do apenamento, resta agora ver sua aplicabilidade no cenário político nacional e como este integra o ordenamento jurídico pátrio, no que tange a dosimetria das penas, especialmente na formação da pena base.

Tal disposto é visível pelo o art. 59 do Código Penal Brasileiro:

**CP - Decreto Lei nº 2.848 de 07 de Dezembro de 1940**

**Art. 59** - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I - as penas aplicáveis dentre as cominadas; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

---

<sup>40</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**; Parte Geral. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006. Pg. 429.

<sup>42</sup>Idem. Pg. 452



**IV** - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível. (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Critérios especiais da pena de multa

Logicamente existem inúmeras discussões a respeito do mencionado artigo, bem como do apenamento em solo brasileiro, sendo possível regimes e métodos alternativos da pena criminal. Entretanto, o escopo de tal pesquisa se fará na análise das circunstâncias judiciais e como as mesmas são analisadas para fixação da pena base, também considerada como primeira fase da dosimetria da pena.

A referida sentença penal condenatória, como demonstra Juarez Cirino dos Santos<sup>43</sup> deve conter a necessidade e suficiência, em retribuição equivalente à culpabilidade, também chamada de prevenção especial, e prevenção geral do crime. Neste momento o quadro qualitativo da culpabilidade torna-se um quantitativo. O presente exposto se dá, pois, o legislador nacional decidiu unir na sentença penal condenatória tanto o critério preventivo geral, tanto o especial, sendo então denominado de “teoria unificadora”.

Para formação de um critério objetivo de necessidade e suficiência analisa-se dois critérios fundamentais. O primeiro dele é a natureza da pena, ou seja, se é restritiva de liberdade, multa ou restritiva de direitos. Em um segundo momento é a extensão desta que se dará após a fixação da pena em abstrato, onde dar-se-á o valor mínimo e máximo, com a escala medida pelo legislador, através da norma penal.

Assim, segue após a possível ocorrência excepcional de qualificadoras ou privilégios, que formam a pena em abstrato, inicia-se a mensuração através das circunstâncias judiciais, da mesma forma como serão analisadas a possibilidade de ocorrência de possíveis circunstâncias legais, ou causas especiais de aumento e diminuição<sup>44</sup>, como lastreia o art. 68 do Código Penal Brasileiro:

---

<sup>43</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**; Parte Geral. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006. Pg. 513

<sup>44</sup> Idem.

**Art. 68.** A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento.

**Parágrafo único.** No concurso de causas de aumento ou de diminuição previstas na parte especial, pode o juiz limitar-se a um só aumento ou a uma só diminuição, prevalecendo, todavia, a causa que mais aumente ou diminua.

### 3.1 DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS:

Além das ocorrências excepcionais o mencionado trabalho fixará interesse na formação da pena base, por ser, primeiramente um critério genérico, no qual todos aqueles que se deparam com a sentença criminal estarão envolvidos, diferente de outros critérios mensurativos. Esses critérios são denominados de elementares do crime (dados, fatos, eventos, que integram a pena em casos de especificidade)<sup>45</sup>, também conhecidos por tipos derivados – qualificadores e privilégios, bem como as circunstâncias legais e especiais. Portanto, a discussão se dará tão somente na formação e mensuração da pena base, seguindo uma análise criteriosa das circunstâncias judiciais.

Em ocorrência desta análise, observa-se dois critérios para a fixação do ponto de partida<sup>46</sup>, o primeiro deles, o chamado critério antigo, fundado na lógica matemática, na qual o aplicador do direito preocupa-se em retirar média entre o mínimo e o máximo da pena<sup>47</sup>.

O segundo é conhecido por critério moderno, também chamado de humanitário<sup>48</sup>, que propõe justamente a pena mínima como ponto de partida, uma vez que compreende a dor do direito penal, um ônus daquele que argumenta para sua ocorrência. Desta feita, mensurar meramente pelo critério matemático seria inverter tal ônus, contrariando o princípio da culpabilidade que demanda de justificativa empírica para tal<sup>49</sup>.

---

<sup>45</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal**; Parte Geral. 17ª ed. São Paulo, Saraiva, 2011. Pg. 1681

<sup>46</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**; Parte Geral. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006. Pg. 516

<sup>47</sup> HUNGRIA, **Aplicação da pena**, in Revista Forense, 90/525.

<sup>48</sup> FERREIRA, Gilberto. **Aplicação da pena**. Piracicaba. Forense. 1995, p. 64.

<sup>49</sup> Idem.

As mencionadas circunstâncias judiciais, como se observa no art. 59 do Código Penal pátrio são lastreadas por três elementos<sup>50</sup>, um deles são os elementos do agente: culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade e motivos. Outro deles, elementos do fato: circunstâncias e consequências, o último seria elementos da vítima, que vislumbra o comportamento da vítima. Isto se dá atualmente, pois ocorreu uma reforma legislativa em 1984, que insere tanto a conduta social, quanto comportamento da vítima, e retira “intensidade do dolo e grau de culpa”, antigo art. 42 do Código Penal, para “culpabilidade”<sup>51</sup>.

Iniciando pelos elementos do agente, vemos a culpabilidade, como dito acima, era vista anteriormente como gradação de dolo e culpa. Tal instituto tem como fundamento a imputabilidade, a reprovação do injusto e a exigibilidade de conduta adversa, como sustenta Cirino dos Santos<sup>52</sup>. Tal circunstância constitui impropriedade metodológica, uma vez que se pensarmos na concepção antiga de gradação de dolo, veremos claramente várias punições pelo mesmo fato, pois o dolo, forma elemento constituinte da tipicidade do fato<sup>53</sup>, tal situação ainda se agrava ao pensarmos na consciência do delito, uma vez que o dolo corresponde por cognição e volição.

Em relação a imputabilidade observa-se que esta é uma condicionante do crime pela teoria tripartite, no quesito “culpável”<sup>54</sup>. Seguindo pelo quesito de exigibilidade<sup>55</sup> percebe-se o poder de “não fazer”, algo que integra o elemento “volição”, que novamente caracteriza o dolo, portanto, um dos critérios da tipicidade do fato, no qual, se não se fizesse presente, sequer haveria crime.

A forma mais utilizada seria através do juízo de reprovação do ato que o infrator causou. Tal forma também é inconstitucional, uma vez que pelo princípio da ofensividade, o próprio crime já perfeitamente um juízo de reprovabilidade. Apesar de

---

<sup>50</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**; Parte Geral. Rio de Janeiro, *Lumen Juris*, 2006. Pg.516

<sup>51</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal**; Parte Geral. 17ª ed. São Paulo, Saraiva, 2011. Pg. 1684

<sup>52</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**; Parte Geral. Rio de Janeiro, *Lumen Juris*, 2006. Pg.516

<sup>53</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal**; Parte Geral. 17ª ed. São Paulo, Saraiva, 2011. Pg. 356.

<sup>54</sup> Idem. Pg. 111.

<sup>55</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**; Parte Geral. Rio de Janeiro, *Lumen Juris*, 2006. Pg.517

incoerências lógicas, tal instituto continua sendo utilizado, integrando parte das circunstâncias judiciais.

Outra circunstância judicial seriam os antecedentes, nos quais, não integram a reincidência e nem mesmo ações em curso (ou seja, sem trâmite em julgado anterior à data do fato) como se percebe na súmula 444 STJ<sup>56</sup>. Também se encontra a conduta social, que corresponde a um conjunto de comportamentos relevantes na vida do autor do ato, que podem servir para o desfavor ou pelo favor deste.

Ainda se encontra a personalidade, extremamente criticada, por não demonstrar uma base objetiva para a determinada mensuração, algo que fugiria da necessidade de análise concreta de elementos empíricos, mas, o pensamento hegemônico percebe tal corolário como emoções/características que conferem a sociabilidade/agressividade do autor<sup>57</sup>.

E por último os motivos do crime, que corresponderiam às pulsões que levaram ao autor de determinado ato a concretizá-lo. Novamente, verifica-se a ausência de critério lógico para definição exata, mas em tese corresponderiam ao senso comum de vício/virtude<sup>58</sup>.

Pelos elementos do fato, percebemos, primeiramente as circunstâncias, que pelo sistema trifásico, serão as ocorrências não contempladas pelas circunstâncias legais ou especiais. Enquanto a consequência do crime serão os efeitos daquele ato no tempo/espço. Em relação ao elemento da vítima, percebe-se que o seu comportamento não se volta meramente na vítima, mas sim, em seus efeitos no autor, como provocação, negligência, facilitação, etc.<sup>59</sup>

---

<sup>56</sup> STJ, Súmula n. 444: “É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais para agravar a pena base”

<sup>57</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**; Parte Geral. Rio de Janeiro, *Lumen Juris*, 2006. Pg.523

<sup>58</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**; Parte Geral. Rio de Janeiro, *Lumen Juris*, 2006. Pg.524

<sup>59</sup> Idem. Pg. 527

### 3.2 DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS E SUAS DIFERENÇAS EM RELAÇÃO ÀS DEMAIS CIRCUNSTÂNCIAS

Diferente das circunstâncias especiais, no caso das judiciais e legais, o legislador não define um *quantum* específico de aumento, mas isso não significa que a regra da pura discricionariedade impere, como pode ser visto na exemplificação de Cezar Bittencourt e Luís Régis Prado<sup>60</sup>. Segundo eles, existe um sistema escalonado, no qual há maior intensidade nas circunstâncias especiais, seguidas das circunstâncias legais e por fim as judiciais.

Também se percebe em hegemonia, aqui exemplificado por Marcelo Kuehne<sup>61</sup>, que a soma de todas as circunstâncias legais, não podem ultrapassar 1/6 do correspondente de todo aumento da pena. E, portanto, como são superiores em “peso” às circunstâncias judiciais, estas devem ser proporcionalmente menos quantificadas, ainda mais se observado a quebra proporcional, pois o que se refere é a soma de todas as circunstâncias judiciais. Menciona-se, o magistrado Ricardo Augusto Schmitt<sup>62</sup> que traça a ideia da correspondência de 1/8 para cada qual circunstância judicial.

É necessário a verificação de que em todos os momentos há fixação objetiva, seja através da fixação expressa pelos mínimos e máximos, como se observa nas circunstâncias especiais, seja pelo norte doutrinário hegemônico que impõe limitações às circunstâncias legais. Desta forma, o único instituto que não possui determinação própria, não obstante a propositura em raras exceções, são as circunstâncias judiciais, que apesar de possuírem taxatividade apreciativa, não possuem taxatividade quantitativa.

Outra diferença clara é que enquanto em todos os institutos do Direito Penal a conformidade com a norma é um critério de redução de pena, haja visto o caso dos

---

<sup>60</sup> PRADO, Luiz Régis; BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal Anotado e Legislação complementar**. São Paulo; RT, 1997. Pg. 352

<sup>61</sup> KUEHNE, Maurício. **Teoria e prática da aplicação da pena**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2000. Pg 186-188

<sup>62</sup> SCHMITT, Ricardo Augusto. **Sentença Penal Condenatória**. 7ª Edição. Salvador: Editora Juspodivm, 2012, p.165/166

atenuantes e causas de diminuição, o instituto das circunstâncias judiciais é o único caso em que a desconformidade é gravosa, mas a conformidade é irrelevante (passo que não altera a pena).

### 3.3 DO PROBLEMA REFERENTE AS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS

A aferição das circunstâncias judiciais no ordenamento pátrio ocorre com lastro no artigo 59 do Código Penal Brasileiro, e prevê oito hipóteses de ocorrência das mesmas, através do critério humanitário utilizado para esta mensuração. Desta forma, a pena é iniciada no mínimo legal, e cada circunstância desfavorável ao réu é considerada no agravamento de sua pena, e na ocorrência de alguma outra positiva ao réu, nada ocorre, ou seja, a pena não aumenta, nem reduz.

Neste andar, é preciso destacar que dos institutos formadores da mensuração da pena, como as circunstâncias legais, tanto as circunstâncias especiais de aumento/diminuição seguem a racionalidade de prover a benesse quando esta se apresenta, em contrapartida, as circunstâncias judiciais, desta feita, há o descumprimento do princípio da proporcionalidade.

O responsável por esta compreensão final de mundo, materializado na forma da sentença judicial, é o poder judiciário, uma vez que pelo escopo político do processo e característica da substituidade, o poder judiciário carrega para si o monopólio de decisão sobre o mundo da vida quando decide as lides, especialmente, quanto estas se referem sobre direito penal.

#### 4. DA ABORDAGEM RETÓRICA:

Para afirmar uma interpretação coerente das circunstâncias judiciais, em conformidade com o princípio da proporcionalidade, vale-se da retórica. Na compreensão desta linha de pensamento a ser anunciada é preciso inicialmente a compreender de três teses fundamentais, a primeira delas é a retórica é filosofia, se opõe a um tipo de filosofia, mas não a filosofia como um todo<sup>63</sup>. Esta apreciação se dá, pois, os filósofos ontológicos categorizam por anos a retórica como uma não filosofia, haja vista que este pensamento não almeja a busca pela verdade.

A segunda tese a ser trabalhada é de que a retórica não pode ser reduzida a um mero enfeite, ainda que esta seja uma função clara exercida por ela<sup>64</sup>. Também não se constitui somente como ornamentos antiéticos no intento a enganar desavisados, embora também o possa fazer.

É necessário separar a retórica de método, metodologia e metódica. A fim de resolver o problema da impressão, cabe a teoria do direito descrevê-lo enquanto dado empírico ou norteá-lo, sugerir como deve ser. Portanto, o marco teórico é a retórica, tomada em um sentido próprio e específico, tripartido em retórica material (método), estratégica (metodologia) e analítica (metódica)<sup>65</sup>.

Ocorre que os paradigmas da ciência contemporânea são descritivos, sendo necessário citar como marco que a distinção entre pensamento descritivo e prescritivo começa em Hume<sup>66</sup>. Mormente, o objeto material é o conjunto de normas jurídicas, enquanto o formal seria, do lado do conhecimento, o ceticismo de Sextus Empíricus, e do ponto de vista ético a tolerância às preferências humanas em seus corolários de autodeterminação<sup>67</sup>.

Não se confunde, desta forma, com o positivismo, pois não acredita na forma silogística para a aplicação da lei, uma vez que as pretensões de pureza são puramente estratégicas<sup>68</sup>. Ao mesmo tempo, a postura retórica se contrapõe com à ontologia, uma vez que recusa verdades éticas acima do mundo empírico e procura investigar procedimentos circunstâncias, variáveis, que vão moldar o objeto material<sup>69</sup>.

---

<sup>63</sup> ADEODATO, João Maurício. **Uma Teoria Retórica da norma jurídica e do direito subjetivo**. São Paulo. Noeses, 2011. Pg. 2

<sup>64</sup> Idem.

<sup>65</sup> Idem. Pg. 18

<sup>66</sup> Idem. Pg. 13

<sup>67</sup> Idem. Pg. 5

<sup>68</sup> Idem. Pg. 17

<sup>69</sup> Idem. Pg.12

## 4.1 DA QUESTÃO DO DISCERNIMENTO ÉTICO

A abordagem de que o princípio da proporcionalidade, aplicado ao artigo 59 do Código Penal<sup>70</sup> passa por um questionamento de que há direitos subjetivos acima de direitos positivos, é retraído da máxima de que a própria norma em si não traça, objetivamente, limites imperativos ao magistrado, que optará, no espaço racional de gênese normativo. Entretanto, este princípio não é encontrado no direito positivo, mas sim na academia, e lá que ocorrem divergências inconciliáveis.

Desta ocorrência, surge uma questão definida como “abismo axiológico”<sup>71</sup>, que segundo João Maurício Adeodato: “decorre das reações extremamente seletivas que os humanos demonstram em relação aos estímulos do mundo real”<sup>72</sup>. Em uma realidade cada vez mais complexa, a unidade de pensamento fica cada vez mais comprometida, haja vista que de divergências inconciliáveis surgem interesses, mesmo que circunstanciais, também incompatíveis.

Compreender este cenário é também compreender que a tese de total disponibilidade ética incondicionada que surge neste aspecto fantasmagórico do direito positivo, traz para o campo da validade conteúdos éticos de qualquer natureza, inclusive a imposição à campos de concentração<sup>73</sup>. Isto ocorre, pois, o discurso do grupo vencedor impõe-se coercitivamente aos demais<sup>74</sup>, ao passo que conquista, pela forma considerada válida num determinado tempo e espaço, a legitimidade inclusive para versar sobre legitimidade.

## 4.2 DA RETÓRICA DA INTERPRETAÇÃO JURÍDICA

Um dos problemas principais no quesito da interpretação de normas é que a interpretação também não envolve necessariamente um aspecto normativo, além da compreensão de que os textos jurídicos possuem como característica a vagueza e ambiguidade, onde são de forma frequente recheado de conteúdos abertos e valorativos<sup>75</sup>.

---

<sup>70</sup> BRASIL. Código Penal (1941). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

<sup>71</sup> ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica – para uma dogmática jurídica**. São Paulo. Saraiva, 2009, p. 183 s.

<sup>72</sup> ADEODATO, João Maurício. **Uma Teoria Retórica da norma jurídica e do direito subjetivo**. São Paulo. Noeses, 2011. Pg. 64.

<sup>73</sup> Idem.

<sup>74</sup> Idem.

<sup>75</sup> Idem. Pg.225



Neste cabedal a interpretação do texto jurídico gera sensação de ficar entre a tarefa descritiva e prescritiva de fixação de significados. Desta feita, a interpretação jurídica é dogmática, que se relaciona a um regramento rígido, ora pelos pontos de partida, ora a procedimentos formais que não admitem que outro significado seja escolhido<sup>76</sup>.

Um ponto importante a se lembrar é o de que o direito positivo não está apenas no nível material das decisões concretas, mas também opiniões, informações e ações que almejam modificar a realidade<sup>77</sup>. É necessário, então, assumir que uma das funções fundamentais da norma é dirimir conflitos, algo que implica na ação estratégica destas metarregras hermenêuticas, sendo que, estas devem constituir o principal objeto de estudo e foco do jurista, que ao cooperar com o sistema acaba participando do mesmo<sup>78</sup>.

Diante do caso da vagueza, ambiguidade e porosidade da linguagem jurídica, sob um ponto de vista da hermenêutica tradicional, que define a interpretação como a adequação entre fatos e normas<sup>79</sup>, é possível a realização de uma crítica pois se toma fatos como algo “objetivo” e não como um relato linguístico sobre um determinado evento<sup>80</sup>.

É relevante o comentário de que os significados individualizados só detêm significado na linguagem na medida em que se referem a significantes gerais, fazendo necessário a distinção entre indicadores e predicadores<sup>81</sup>. Os primeiros detêm a intenção de se referir a um só objeto e mesmo um significado, enquanto o segundo fazem abstração de elementos individualizadores, no intuito de se referir a uma classe ou conjunto de objetos.

A norma jurídica se põe em meio desta discussão sob uma primeira forma, que é a do significado, e em uma segunda forma que é a do significante. Sendo que, o significado só será definido concretamente ao se relacionar com o caso concreto, quando o significado e significante voltam ao mundo dos eventos para construí-lo juridicamente, e desta forma o evento se torna um fato jurídico relevante<sup>82</sup>.

---

<sup>76</sup> Idem. Pg. 226.

<sup>77</sup> Idem. Pg. 262.

<sup>78</sup> Idem. Pg. 263

<sup>79</sup> Idem. Pg. 267

<sup>80</sup> Idem.

<sup>81</sup> Idem. Pg. 268

<sup>82</sup> Idem. Pg 275.

Desta feita a norma começa por combater a ambiguidade quando busca um sentido para os significantes, visualmente podendo se referir à artigos, jurisprudência e as demais fontes do direito. Só através da compreensão de sentidos que controlam a ambiguidade é que se pode combater à vagueza<sup>83</sup>.

Tal afirmação se lastreia através de códigos linguísticos, vocabulários técnicos, entre outros. Ao chegar a um acordo sobre o sentido terminológico, há um método de controle da ambiguidade<sup>84</sup>. Entretanto, o alcance destes termos, que é definido pelo sentido e o caso concreto, deriva de uma retórica da interpretação jurídica, que deve utilizar as mais diversas teorias sobre linguagem<sup>85</sup>.

A interpretação também é pautada pela invenção<sup>86</sup>, que provém do grego *heureka!* algo que corresponde ao verbo achar. A interpretação deverá se pautar por uma problematização competente, que se dotará de procedimentos válidos no determinado contexto, sem necessariamente supor sentidos fixos ou eficácia permanente<sup>87</sup>.

Além disto, é possível a afirmação de que ocorre uma sobrecarga do direito, haja vista a enorme importância da responsabilidade do caráter interpretativo da norma em uma sociedade de risco, como se observa nos cenários do mundo desenvolvido contemporâneo<sup>88</sup>. Desta forma, para detenção do poder jurídico e político é o poder retórico da definição, haja vista que ciências como a do direito, e estruturas de controle da linguagem não apenas descrevem, mas produzem o meio. Diante desta afirmação no caráter cognitivo da norma, deverá determinar o que é evidente, e na esfera ética, define-se quem deve arcar com as responsabilidades<sup>89</sup>.

---

<sup>83</sup> Idem. Pg. 276

<sup>84</sup> Idem. Pg. 277.

<sup>85</sup> Idem pg. 279.

<sup>86</sup> Idem. Pg. 280

<sup>87</sup> Idem.

<sup>88</sup> Idem. Pg. 283.

<sup>89</sup> Idem. Pg. 283

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS: DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE COMO TENTATIVA DE COMBATE À AMBIGUIDADE E À VAGUEZA DO TEXTO DA NORMA

A partir do momento em que um juízo apreciativo é traçado no corpo do Direito Penal, em relação ao art. 59 do Código Penal, sem disposição de um juízo quantificação, percebe-se que o conteúdo de mensuração, contido na norma, encontra-se vago, e diante de sua vagueza, abre as portas para discricionariedade, algo que gera ambiguidade na compreensão deste mesmo artigo. Para tanto, é necessário argumentar.

Argumentar (terceiro passo) constitui o segundo conjunto de procedimentos que compõe a retórica estratégica jurídica e destina-se a trazer os circunstâncias para determinada interpretação (segundo passo), fazendo-os aceitar que a interpretação sugerida pelo orador para os significantes escolhidos (primeiro passo) é a mais adequada.<sup>90</sup>

Neste sentido, percebe-se a retórica estratégica, uma vez que a persuasão é o grande responsável por colocar a concepção atual dos institutos jurídicos em prática, uma vez que a decisão se dará sobre uma forma de narrativa e dentro desta narrativa é que se escolhe uma decisão possível, dentre várias.

A escolha pela retórica seria, então, uma forma de olhar para o mundo e, conseqüentemente o direito<sup>91</sup>. Muito além de um instrumento de controle narrativo, que para aqueles que detêm a versão legítima do discurso, corresponde mera persuasão, ou enganação, é uma forma de adequar o ser humano ao meio em que vive, tanto para conhecê-lo como para transformá-lo<sup>92</sup>.

Para tanto, o artigo 59 do código antes mencionado, dispõe do termo “atendendo”, ou seja, ao proferir a sentença o magistrado deve atender ao arcabouço das oitos circunstâncias judiciais previstas a seguir através do mesmo diploma legal. Neste contexto, vejamos o significado do referido termo.

---

<sup>90</sup> ADEODATO, João Maurício. **Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo**. São Paulo: Noeses, 2011. Pg. 285

<sup>91</sup> ADEODATO, João Maurício. **A retórica constitucional: sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p.15

<sup>92</sup> ADEODATO, João Maurício. **Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo**. São Paulo: Noeses, 2011, Pg.17

O termo<sup>93</sup> “atendendo” corresponde à um gerúndio conectado ao verbo “atender”, que enquanto verbo transitivo detém o sentido de “atentar” ou “levar em consideração”, enquanto em seu verbo intransitivo significa “estar com atenção”. Estar com atenção segundo a mesma definição assume a forma “considerar algo”, e para que a consideração de algo ocorra, sua parcialidade implica necessariamente na não consideração.

Para consideração imparcial, a norma jurídica referente à mensuração da pena deve, para existir, se estender em dois panoramas. O primeiro deles, em relação à imposição de agravamento, haja visto a legitimidade do Estado em pesar a mão sob determinada conduta. Entretanto, em relação direta com esta, deve estar a atenuação, visto que uma lei que abre espaço interpretativo para apenas agravar a situação de um cidadão, não está em consonância com os corolários historicamente concebidos. Desta feita os procedimentos para fixação de uma base mensurativa, não pode se ter outra análise senão àquela de que a proporcionalidade é um componente inerente ao Direito Penal brasileiro, e sua não apreciação leva ao caminho da não apreciação da norma em si.

Por mais que a norma não imponha de forma clara que atenção à própria norma seria um patamar de considerar agravamentos e atenuações, tal situação de vagueza garante protagonismo à base axiomática, historicamente concebida, que terá o mesmo peso normativo a fim de garantir que a única interpretação possível seja aquela em conformidade com o referido princípio. Este referido princípio é o da proporcionalidade. Assim sendo, a única forma da norma estar em consonância com o princípio da proporcionalidade é através da ponderação entre ônus e bônus, considerada através do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito aplicado ao Direito Penal.

Conseqüentemente, a única forma do Art. 59 do Código Penal ser válido no ordenamento pátrio é se “atender”, na forma da possível redução da pena base, as circunstâncias judiciais. Neste raciocínio, para ser válida aquela circunstância judicial a qual o magistrado lhe dê *status* de favorável, deve reduzir em grau mensurativo idêntico ou superior àquela que é mensurada como desfavorável ao réu, haja vista que a norma penal não prevê a sua gradação.

Percebe-se então que na ocorrência de quatro circunstâncias judiciais favoráveis e quatro circunstâncias judiciais desfavoráveis, o valor correspondente deverá ser a taxação mínima na primeira fase mensurativa da pena. Caso o contrário, fere o

---

<sup>93</sup>FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **O Dicionário da Língua Portuguesa**. São Paulo: Editora Positivo, 2009.

princípio da proporcionalidade por não lhe conferir o bônus, corolário historicamente atrelado ao referido instituto.

Para solucionar as contradições que se evidenciam através da ambiguidade e vagueza da norma contida no art. 59 do Código referido, observou o instituto através da retórica estratégica, com foco na argumentação. Tal linha argumentativa consiste em interpretar o significante “atendendo”, mencionado no dispositivo, seguindo do princípio da proporcionalidade para propor uma única interpretação possível. Tal interpretação consiste na ideia de que a ocorrência de uma circunstância judicial favorável ao réu deve, portanto, reduzir a intensidade da pena.

## 6. REFERÊNCIAS

- ADEODATO, João Maurício. **A retórica constitucional: sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- \_\_\_\_\_. **As retóricas na história das ideias jurídicas no Brasil – originalidade e continuidade como questões de um pensamento periférico**. In: ADEODATO, João Maurício (org). **Continuidade e originalidade no pensamento jurídico brasileiro: análises retóricas**. 1. ed. Curitiba: CRV, 2015, p. 23-44.
- \_\_\_\_\_. **Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo**. São Paulo: Noeses, 2011.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1995
- BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro**. Rio de Janeiro, Revan, 1990.
- \_\_\_\_\_. **Temas de Direito Penal**. Rio de Janeiro, Liber Juris, 1984.
- BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, E. Raúl; ALAGIA, Alexandro; SIOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro — I**. Rio de Janeiro, Revan, 2003.
- BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. São Paulo.1974.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal; Parte Geral**. 17ª ed. São Paulo, Saraiva, 2011.
- BOTO, Carlota. **A Dimensão Iluminista da reforma pombalina dos estudos: das letras à universidade**. Universidade de São Paulo. Revista Educação Brasileira. 2010. V.15
- BRASIL. Código Penal (1941). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- CAPEZ, Fernando e BONFIM, Edilson Mougnot. **Direito Penal, Parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2004.
- DE CICCIO, Cláudio. **Dinâmica da História**. São Paulo: Palas Athena, 1985
- D'OLIVEIRA. Heron Renato Fernandes. **A História do Direito Penal Brasileiro**. 2014. Periódico Científico Projeção, Direito Sociedade. V.5, n.2

FADEL, Francisco Ubirajara Camargo. **Breve História do Direito Penal e da Pena.** Revista Eletrônica Jurídica – Rejur. ISSN 2236-4269. 2012.

FEUERBACH, Paul J. A. R. **Tratado de Derecho Penal Común Vigente en Alemania.** Editorial Hamurabi. Buenos Aires. 1989.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón — teoría del garantismo penal.** Madrid, Ed. Trotta, 1995.

\_\_\_\_\_. **Direito e razão.** Trad. Ana Paula Zomer, Fauzi HassanChoukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José. **Retribución y prevención general. Un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del Derecho Penal,** Montevideo-- Buenos Aires, Editorial B de F, 2007.

FERREIRA, Gilberto. **Aplicação da pena.** Piracicaba. Forense. 1995

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **O Dicionário da Língua Portuguesa.** São Paulo: Editora Positivo, 2009.

FERRI, Enrico. **Principios de Derecho Criminal.** Madrid, Ed. Reus, 1933.

\_\_\_\_\_. **Sociologia Criminal.** Madrid, Ed. Reus, 1908.

FREUDENTHAL, Berthold. **Culpabilidad y reproche en el Derecho Penal.** Trad. de José Luis Guzmán Dalbora. Montevideo/Buenos Aires, Editorial B de F, 2003.

GAROFALO, Rafael. **Criminologia.** Torino, Fratelli Bocca, 1891.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. **¿Tiene un futuro la dogmática de la culpabilidad?** ed., Madrid, Civitas, 1981.

GOMES, Luiz Flávio. **Normas, regras e princípios.** Disponível em <<http://jus.com.br/revista/texto/7527/normas-regras-e-principios>>.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução ao estudo do direito.** Rio de Janeiro: Forense, 2002

HASSEMER, Winfried. **Persona, mundo y responsabilidad.** Bases para una teoría de la imputación en Derecho Penal. Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.

\_\_\_\_\_. **Três temas de Direito Penal.** Porto Alegre, Publicações Fundação Escola Superior do Ministério Público, 1993.

\_\_\_\_\_. **Fundamentos de Derecho Penal.** Barcelona, Bosch, 1984.

HEGEL, Georg. F. **Filosofía del Derecho,** Espanha, 1975.

HUNGRIA, **Aplicação da pena,** in *Revista Forense*, 90/525.

JAKOBS, Günther. **La imputación objetiva en Derecho Penal.** Madrid, Civitas, 1996.

\_\_\_\_\_. **Sociedad, normas y personas en un Derecho Penal funcional.** Trad. Cancio Meliá y Feijó Sánchez, Madrid, Civitas, 1996.

\_\_\_\_\_. **Derecho Penal; Parte General** — fundamentos y teoría de la imputación. Madrid, Marcial Pons, 1995.

JESCHECK, H. H. \_\_\_\_\_. **Tratado de Derecho Penal.** Trad. da 4ª ed. José Luis Manzanares Samaniego. Granada, Comares, 1993.

\_\_\_\_\_. **Tratado de Derecho Penal.** Trad. Mir Puig e Muñoz Conde. Barcelona, Bosch, 1981. v. 1 e 2.

KANT, Emmanuel. **Fundamentos metafísicos de las costumbres.** 7ª ed. Madrid, ESPASA-CALPE, 1983.

\_\_\_\_\_. **Principios metafísicos de la doctrina del Derecho.** México, 1978.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** Trad. J. Batista Machado. Coimbra, Arménio Amado, Editor, 1974.

KERM, Fritz. **Derechos del rey, derechos del pueblo,** trad. Angel Lopez-Arno, Madrid, 1955, p. 98

KUEHNE, Maurício. **Teoria e prática da aplicação da pena.** 3. ed. Curitiba: Juruá, 2000.

MELOSSI, Dario & PAVARINI, Massimo. **Cárcel y fábrica** — los orígenes del sistema penitenciario. Siglos XVI-XIX. 2ª ed. México, 1985.

MELO, Saulo de. **A Norma Jurídica em Kelsen, Ross, Hart e a concepção tridimensional de Miguel Reale.** 2003. Revista Jurídica Cesumar – v.3

MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de metodologia da pesquisa no direito.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MIR PUIG, Santiago. **Derecho Penal;** Parte General. Barcelona, PPU, 1985; 5ª ed., 1998; 6ª ed., 2002; 8ª ed., 2010.

\_\_\_\_\_. **Direito Penal — fundamentos e teoria do delito,** trad. Claudia Viana Garcia, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007.

\_\_\_\_\_. **Introducción a las bases del derecho penal.** 2ª ed. Montevideo, Editorial B de F, 2003. \_\_\_\_\_. *Función fundamentadora de la prevención general positiva.* ADPC, 1986.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Derecho Penal;** Parte Especial, Valencia, Tirant lo blanch, 2010.

\_\_\_\_\_. **Teoria geral do delito** . Trad. Juarez Tavares e Luiz Régis Prado. Porto Alegre, Sérgio A. Fabris, Editor, 1988.

\_\_\_\_\_. **Derecho Penal y control social.** Jerez, Fundación Universitaria de Jerez, 1985.

\_\_\_\_\_. **Introducción al Derecho Penal.** Barcelona, Bosch, 1975.



NIKITENKO, Viviani Gianine; RAMPAZZO, Ana Manuela dos Reis. **O princípio da proporcionalidade como instrumento de acesso à justiça**. Disponível em <<http://revista.ulbrajp.edu.br/ojs/index.php/jussocietas/article/viewFile/715/462>>.

NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito Penal**. 35ª ed. Atualizada por Adalberto Q. T. de Camargo Aranha. São Paulo: Saraiva, 2000. v. 1.

PRADO, Luiz Régis; BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal Anotado e Legislação complementar**. São Paulo; RT, 1997.

QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal*; Parte Geral, São Paulo, Saraiva, 2005.

REBOUL, Olivier. **Introdução à retórica**, trad. Ivone Castilho. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p.2

RAMIREZ, Juan Bstos; MALARÉE H. Hormazábal; **Pena y Estado**, *Bases críticas de un nuevo Derecho Penal*, Bogotá, Temis, 1982

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. São Paulo: Bushatsky, 1974  
\_\_\_\_\_. Invariantes Axiológicas. **Estudos Avançados** n. 5 (13). Rio de Janeiro: 1991

ROXIN, Claus. **¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho Penal?** In: Roland Hefendehl (ed.). *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2007.

\_\_\_\_\_. **Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal**. Tradução e introdução de Luis Greco. Rio de Janeiro, São Paulo, Renovar, 2002.

\_\_\_\_\_. **Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal**. Tradução da 7ª edição alemã por Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo, Madri, Marcial Pons, 2000.

\_\_\_\_\_. **Derecho Penal — Fundamentos. La estructura de la teoría del delito**. Trad. Diego-Manuel Luzón Pena, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remensal. Madrid, Civitas, 1997. t. I.

\_\_\_\_\_. **Política Criminal y estructura del delito**. Barcelona, PPU, 1992.

\_\_\_\_\_. **et alii. Introducción al Derecho Penal y al Derecho Procesal Penal**. Barcelona, Ariel Derecho, 1989.

\_\_\_\_\_. **Sentido e limites da pena estatal**. In: *Problemas fundamentais de Direito Penal*. Coimbra, Ed. Veja Universidade, 1986.

\_\_\_\_\_. **Culpabilidad y prevención en Derecho Penal**. Trad. Muñoz Conde. Madrid, Ed. Reus, 1981.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**; Parte Geral. Rio de Janeiro, *Lumen Juris*, 2006.

SCHMITT, Ricardo Augusto. **Sentença Penal Condenatória**. 7ª Edição. Salvador: Editora Juspodivm, 2012, p.165/166

SEHER, Gerhard. **La legitimación de normas penales basada en principios y el concepto de bien jurídico**. In: Roland Hefendehl (ed.). *La teoría del bien jurídico*

¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?  
Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2007.

TOMIELLO, Gelson. **Princípio da proporcionalidade e sua aplicação no Direito Penal brasileiro.** Disponível em <<https://www.conteudojuridico.com.br/pdf/cj050768.pdf>>.

VON LISZT, Franz. **La idea de fin en el Derecho Penal.** México, Universidad Autónoma de México, 1994.

\_\_\_\_\_. **Tratado de Derecho Penal.** Madrid, Ed. Reus, 1927 e 1929. t. 2.

\_\_\_\_\_. **Tratado de direito penal alemão .** Rio de Janeiro, F. Briguiet & Co, 1899.

WELZEL, Hans. **El nuevo sistema del Derecho Penal.** Trad. Cerezo Mir. Montevideo/Buenos Aires, Editorial B de F, 2004.

\_\_\_\_\_. **Derecho Penal alemán.** Trad. Juan Bustos Ramirez e Sergio Yáñez Pérez. Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1970.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de Derecho Penal.** 6ª ed. Buenos Aires, Ediar, 1991.

\_\_\_\_\_. **Tratado de Derecho Penal.** Buenos Aires, Ediar, 1980. t. 1 a 5.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl & Batista, Nilo. **Direito Penal brasileiro — I.** Rio de Janeiro, Revan, 2003.