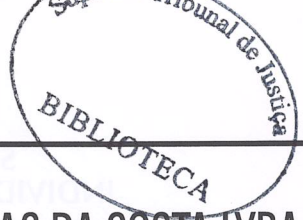


ANDRÉ LUÍS CALLEGARI



JOSÉ FRANCISCO DIAS DA COSTA LYRA

SUPERCRIMINALIZAÇÃO E INDIVIDUALIZAÇÃO JUDICIAL DA PENA

THOMSON REUTERS
REVISTA DOS
TRIBUNAIS™

343.9
C1571

SI E	MI DI ARS
	DATA

Diretora de Conteúdo e Operações Editoriais
JULIANA MAYUMI ONO

Gerente de Conteúdo
MILISA CRISTINE ROMERA

Editorial: Aline Marchesi da Silva, Diego Garcia Mendonça, Karolina de Albuquerque Araújo e Quenia Becker

Gerente de Conteúdo Tax: Vanessa Miranda de M. Pereira

Direitos Autorais: Viviane M. C. Carmezim

Assistente de Conteúdo Editorial: Juliana Menezes Drumond

Analista de Projetos: Camilla Dantara Ventura

Estagiários: Alan H. S. Moreira e Bárbara Baraldi Sabino

Produção Editorial

Coordenação

ANDRÉIA R. SCHNEIDER NUNES CARVALHAES

Especialistas Editoriais: Gabriele Lais Sant'Anna dos Santos e Maria Angélica Leite

Analista de Projetos: Larissa Gonçalves de Moura

Analistas de Operações Editoriais: Caroline Vieira, Damares Regina Felício, Danielle Castro de Moraes, Mariana Plastino Andrade, Mayara Macioni Pinto e Patrícia Melhado Navarra

Analistas de Qualidade Editorial: Ana Paula Cavalcanti, Fernanda Lessa, Rafael Ribeiro e Thaís Pereira

Estagiários: Tainá Luz Carvalho e Victória Menezes Pereira

Capa: Linotec

Controle de Qualidade da Diagramação: Carla Lemos

Equipe de Conteúdo Digital

Coordenação

MARCELLO ANTONIO MASTROROSA PEDRO

Analistas: Jonatan Souza, Luciano Guimarães, Maria Cristina Lopes Araujo e Rodrigo Araujo

Gerente de Operações e Produção Gráfica

MAURICIO ALVES MONTE

Analistas de Produção Gráfica: Aline Ferrarezi Regis e Jéssica Maria Ferreira Bueno

Estagiária de Produção Gráfica: Ana Paula Evangelista

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA BIBLIOTECA M. OSCAR SARAIVA	
Nº	DATA
1189002	15/03/2024

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA BIBLIOTECA M. OSCAR SARAIVA	
Nº	DATA

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Callegari, André Luís
Supercriminalização e individualização judicial da pena / André Luís Callegari e José Francisco Dias da Costa Lyra. -- 1. ed. -- São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2020.

Bibliografia.
ISBN 978-65-5065-006-3

1. Criminalização 2. Direito penal 3. Individualização penal 4. Punição I. Lyra, José Francisco Dias da Costa. II. Título.

19-31916

CDU-343.24

Índices para catálogo sistemático:

1. Supercriminalização e individualização da pena : Direito penal 343.24
Maria Paula C. Riyuzo - Bibliotecária - CRB-8/7639

PREFÁCIO

Desde sempre o Direito Penal padece de uma tendência a supercriminalizar condutas. Assim foi no Antigo Regime, com a punição indiscriminada e desproporcional de quase todos os comportamentos humanos que não se amoldassem aos costumes, à moral e, eventualmente, à crença religiosa dominante. Confundia-se moral com direito, punição com pecado e Estado com Igreja. Período tenebroso de nossa história, sobretudo em momentos de ausência completa de regramentos limitadores da atividade punitiva de quem detinha o poder de definir quais eram os crimes e as penas que deveriam ser impostas a criminosos e hereges. De fato, a persecução penal se fazia de maneira arbitrária, sem limites e sem assegurar ao acusado um mínimo de direitos que lhe permitissem alguma chance de se opor à atividade estatal punitiva.

Em sua obra clássica e seminal, Beccaria já antecipava que “o legislador deve, por conseguinte, pôr limites ao rigor das penas, quando o suplício não se torna mais do que um espetáculo e parece ordenado mais para ocupar a força do que para punir o crime”.

Essa e outras tantas lições inauguraram um período de iluminação das ideias penais e engendraram o surgimento do que hoje entendemos como ciência do Direito Penal, sujeita a princípios, valores, regras e dogmas que permitem, ao menos no plano teórico, uma boa relação de convivência entre os humanos e entre estes e o Estado.

O fenômeno da supercriminalização, todavia, não deixou de existir. No final do século XIX, Francesco Carrara já falava da *nomorreia penal*; no ocaso do século XX, Luigi Ferrajoli se referia à *inflação legislativa*; hoje, fala-se em *sobrecriminalização* ou *supercriminalização*, fenômeno, portanto, permanente na história das ideias penais.

André Callegari e José Francisco Lyra, notáveis estudiosos e professores das Ciências Criminais, brindam a comunidade jurídica com esta valiosa obra, fruto de seus esforços comuns para a compreensão desse fenômeno que, conquanto não seja nascido na contemporaneidade, nela se acentua a cada dia, em decorrência da pós-modernidade, caracterizada por uma “sociedade leve ou civilização do ligeiro”,

cada vez mais determinada pelas economias de consumo, da cultura quotidiana e da liquidez e ligeireza das relações humanas. Uma sociedade que, até certo ponto, reivindicou e obteve políticas de inclusão, mas que, atualmente, mais se ocupa de excluir e de não tolerar o diferente; uma sociedade, enfim, excludente.

Nessa “sociedade de riscos”, os anseios punitivos e regulatórios são crescentes, o que coloca o indivíduo permanentemente sob os olhares panópticos do Estado, que alcançam todos os campos da atividade humana, mercê de leis cada vez mais marcadas pela simbologia e pela politização do direito penal. Daí o fundamental papel a ser desempenhado pela doutrina, em obras como esta, forçando-nos à reflexão sobre as nefastas consequências de uma supercriminalização de condutas, que nos impulsiona àqueles tempos, de triste memória, referidos acima.

O drama se recrudescer ante os anseios punitivos das sociedades atuais – nomeadamente a brasileira – assimilados tanto pela classe política, aprisionada nos cálculos eleitorais que lhe retiram a necessária racionalidade no momento de legislar, quanto, eventualmente, por setores da magistratura e do ministério público, episodicamente voluntariosos na interpretação e na aplicação das leis penais.

Assim, tanto quem postula maior regulação penal e maior rigor punitivo quanto quem, absorvendo esses anseios, produz as leis, quanto, ainda, quem as interpreta e as aplica, acaba por acreditar que o Direito Penal pode assumir o papel de uma panaceia, um “*Pharmakon* para todos os males sociais”.

O maior e mais perigoso risco que se corre com essa postura pessoal e institucional é a de voltarmos aos tempos já aludidos no início deste prefácio, em que o direito penal implicava a ideia de vingança estatal, quando, na verdade, na dicção de Ferrajoli, o direito penal nasce não como desenvolvimento, mas, sim, como negação da vingança.

O livro caminha, então, para uma análise da culpabilidade, sob a perspectiva dos processos de criminalização, mediante a crítica sociológica do fenómeno criminal, buscando identificar suas causas e o seu tratamento pelo sistema penal, na perspectiva das principais teorias criminológicas que se forjaram no decorrer do século XX, em seus avanços e seus retrocessos, naturais a qualquer atividade humana.

O destaque principal é para o *atuarismo criminológico*, que identifica grupos como representativos de maiores riscos à sociedade, mercedores, portanto, de maior rigor e de políticas claras de exclusão, por meio da pena privativa de liberdade.

Como bem esclarecem os autores, “constitui-se, portanto, o atuarialismo um conjunto de práticas que acolhem uma específica filosofia de gestão de riscos, levando-se à exclusão de determinados segmentos sociais, não com o afã de acabar ou reduzir a criminalidade, senão que para proceder a uma gestão eficiente e econômica da criminalidade. Esta deixa de ser uma patologia passível de tratamento;

ao contrário, trata-se de um fenômeno normal que já não é mais suscetível de cura ou diminuição, priorizando-se a prisão como privilegiado lugar de controle”.

Semelhante pensamento parte da ideia, tão em voga no Direito Penal Econômico, de ser o delinquente um sujeito racional, que aproveita o custo-benefício de seu comportamento, a justificar, assim, o castigo penal como suficiente para dissuadi-lo da prática ilícita, o que se realiza tanto pelo aumento da certeza da imposição das sanções quanto pela magnitude punitiva.

Da radicalização desse pensamento emergiu uma política de crescente exclusão social de certos grupos, que, na teorização do Direito Penal do Inimigo, devem ser identificados e incapacitados, porquanto, deliberadamente infiéis ao Direito e ao convívio social harmônico, são uma fonte de permanente perigo, por sua inclinação à prática de crimes mais repulsivos e hediondos, como terrorismo, violações sexuais, tráfico de drogas etc. Para esses, enfim, postula-se um direito penal e um direito processual penal mais flexíveis quanto aos direitos e às garantias conquistadas no pós-iluminismo e que, nessa concepção distópica, somente devem continuar a prevalecer para os grupos de pessoas que, a despeito da prática eventual de certos crimes, não são inimigos do grupamento social.

Essa penalogia atuarial – também marcada pela contabilização dos custos econômicos do desvio penal e de seu combate – “não mais se preocupa com o diagnóstico das causas sociais da criminalidade, com a culpabilidade e ressocialização do acusado, despindo-se de qualquer espécie de sensibilidade moral com relação ao desvio”.

André Callegari e José Francisco Lyra, com muita acuidade e sensibilidade, percebem que o século XXI tem experimentado – sobretudo na América Latina e especialmente no Brasil – um crescente cenário de autoritarismo, com a implementação de políticas criminais que, para serem executadas, fragilizam as democracias locais e propiciam não somente um discurso e uma prática incompatíveis com as conquistas civilizatórias tão arduamente incorporadas nos ordenamentos reguladores da atividade punitiva do Estado.

Abrem-se, com isso, espaços para um direito penal cada vez mais expandido, intolerante e segregador de grupos sociais marginalizados tanto pela economia de mercado quanto pelos etiquetamentos sociais que dificultam qualquer mobilidade entre as classes. Tempos de muros, de prisões abusivas, de penas que, amiúde desproporcionais, são cumpridas em condições subumanas; tempos de operações massivas em comunidades da periferia, mantidas sob o medo constante de terem seus lares invadidos ou serem confundidos com marginais; em uma palavra, tempos de um controle penal autoritário, que traz, em sua naturalização (ou vulgarização), a morte do Estado de Direito e o renascimento do Direito do Estado, marcado pela força não amparada pelo Direito.

O livro atinge seu momento principal quando se dedica à crítica do processo de individualização da pena do condenado, a qual não pode admitir a discricionariedade e o subjetivismo judicial, cumprindo, pois, deslocar, do mundo subjetivo do juiz para o mundo objetivo das normas, a tarefa de quantificar a pena.

O enfoque dado pelos autores, no particular, é dogmático e visa a buscar maior previsibilidade e igualdade na operação de individualizar a sanção criminal, afastando, tanto quanto possível, a intensa valoração subjetiva do julgador.

Nesta parte da obra, trabalham os autores com o conceito de culpabilidade, necessário e fundamental – posto que de difícil implementação, dada a diversidade de significados e funções que a culpabilidade desempenha no sistema penal – à tarefa de reprovar, proporcional e objetivamente, o comportamento criminoso.

Para tanto, é natural indagar: qual o fim ou quais os fins da pena? Essa talvez seja a pergunta mais antiga do Direito Penal e, em torno dela, dezenas de formulações teóricas, das mais variadas, desenvolveram-se ao longo dos últimos duzentos anos, a partir, sobretudo, de Hegel e Kant, com o retributivismo típico das concepções absolutas da pena, modernamente ressuscitadas no neoretributivismo de Günther Jakobs e de seu discípulo Pawlik, que estimam ser a sanção “um preço que se paga à falta de lealdade jurídica”, i.e., uma “resposta à falta de fidelidade ao direito que se manifesta na prática de um delito”.

Callegari e Lyra assumem, assim, a opção pelas teorias relativas ou utilitaristas da pena, direcionadas à prevenção geral de delitos, “única finalidade capaz de conferir racionalidade ao Direito Penal”, porque não identificam, na sanção criminal, um fim em si mesmo, muito embora se lhe possam opor algumas insuficiências ou deficiências de ordem moral, visto que terminam por, indiretamente, instrumentalizar o homem para fins preventivos e engendrar, até certo ponto, uma confusão entre Direito e Moral, interferindo no princípio da autonomia pessoal do sentenciado.

O capítulo percorre as principais correntes doutrinárias acerca dos fins da pena, com maior destaque para o pensamento liberal de Luís Greco, que, tendo como certa a função de prevenir a prática de crimes, afasta os riscos de atender às orientações morais da coletividade.

Por fim, ao tratar, no último capítulo do livro, sobre as Teorias da Individualização Judicial da Pena, os professores André Callegari e José Francisco Lyra sublinham que “o ato de individualização judicial da pena é um ato de decisão juridicamente vinculado e, portanto, constitui-se em um processo racional e desligado do intuicionismo ou arbitrariedade judicial”.

Creio residir, nessa frase, o ponto ótimo de toda a análise empreendida, com esmero e objetividade, nos capítulos anteriores.

Não deixarei de anotar, por oportuna, a lição que, com pioneirismo judicial, nos legou um dos grandes ministros que passaram pelo Superior Tribunal de Justiça,

Luiz Vicente Cernicchiaro, em julgado de sua relatoria, cujo extrato da ementa assim condensou a ideia ora sustentada na presente obra:

[...] Em síntese, a atividade judicial de aplicar a pena é discricionária. Discricionária quanto a matéria. Vinculada na forma. O juiz precisa explicar (fundamentar, enfim) todos os seus passos. E, para tanto, cativo a este raciocínio: adequar o fato à norma. Esta é extensa (sentido lógico do termo). O fato, por seu turno, posto nessa extensão. Em outras palavras, o ser compreendido no dever-ser. Dessa forma, na motivação o juiz precisa adequar o fato à norma. E mais. Fazê-lo expressamente. Não há fundamentação implícita (HC 9.584/RJ, Rel. Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, SEXTA TURMA, julgado em 15/6/1999, DJ 23/8/1999, p. 153).

O processo de individualização da pena, como bem enfatizado na obra, é, portanto, vinculado à lei penal, aos princípios e valores constitucionais e, por último, aos fins da pena, em “processo racional e desligado do intuicionismo ou arbitrariedade judicial”, tendo em mira a prevenção de crimes e a ressocialização do infrator, sob os limites do princípio da culpabilidade.

Em tom de derradeiras considerações para o Direito Brasileiro, enfatiza-se a interpretação a ser dada, pelo aplicador da norma penal, ao art. 59 do Código Penal, tomando a culpabilidade não como mera circunstância do crime, mas como princípio deontológico, fundamental no processo de concreção da pena, de sorte a, afastados ou, ao menos, temperados os fatores relacionados à vida e à personalidade do agente (subjetivos), tão corriqueiramente empregados na individualização da sanção devida, conferir-se primazia à aferição da gravidade do injusto culpável, por meio da análise dos elementos objetivos do crime.

Concluída a leitura de tão prolífica obra doutrinária, a qual me foram outorgadas a honra e a lisonja de prefaciá-la, resta-me parabenizar esses dois artífices do Direito Penal, Professores Doutores André Callegari e José Francisco Lyra, pela excelência do texto e da pesquisa, cujo êxito editorial não tenho a menor dúvida de vaticinar.

ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Primavera/2019