

ANORMA CONSTITUCIONAL DE INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

Paulo Renato Nicola Capa

I - DIREITO OU GARANTIA

Uma análise detida da norma insculpida no artigo 5º, inciso XLVI, primeira parte, da Constituição Federal, que determina que “*a lei regulará a individualização da pena*”, análise essa que pretende, na medida do possível, delimitar o campo de eficácia dessa disposição e alinhar algumas das conseqüências necessárias dessa delimitação, perpassa, necessariamente, pelo desvelo de sua natureza primeira, definindo-se precisamente se se trata de um *direito* ou de uma *garantia*.

Dessa opção deflui de pronto o significado autônomo e desvinculado desses dois institutos, constituindo sonoro equívoco a sua indiferente utilização, donde decorre a necessidade de alinhar o que se deve entender por *direito* e por *garantia*.

Os direitos, é cediço, revelam-se na faculdade de praticar ou não praticar certos atos e dizem diretamente com bens jurídicos determinados, ao passo que as garantias constituem a segurança que se estabelece em favor de um ou mais direitos, a tutela com que a lei circunda alguns direitos, o manto maior que lhes protege e que os permite transitar com maior liberdade no campo da eficácia.

Segundo a lição de Rui Barbosa, embora seja verdade que não se encontrará em qualquer Constituição parte ou cláusula especial que esclareça quanto ao alcance da locução “garantias constitucionais”, a acepção é óbvia, desde que se separe, no texto da lei fundamental, as disposições meramente *declaratórias*, que são as que exprimem existência legal aos direitos reco-

nhecidos, e as disposições *assecuratórias*, que são as que vêm a atuar em defesa dos direitos. Feito isso, pode-se concluir acertadamente que as primeiras ditam os direitos e as demais instituem as garantias.¹

Na mesma esteira, Jorge Miranda asseverou que os direitos representam só por si certos bens, as garantias destinam-se a assegurar a fruição desses bens; os direitos são principais, as garantias são acessórias e, muitas delas, adjetivas (ainda que possam ser objeto de um regime constitucional substantivo); os direitos permitem a realização das pessoas e inserem-se direta e imediatamente, por isso, nas respectivas esferas jurídicas, as garantias só nelas se projetam pelo nexo que possuem com os direitos; na acepção jusracionalista inicial, “os direitos *declaram-se*, as garantias *estabelecem-se*”.²

Sem as garantias constitucionais os direitos contidos em declarações formais cairiam no vazio das esferas abstratas, ou perderiam o fio institucional de contato com a realidade concreta, aquela que deverá propiciar em termos de eficácia a fruição completa das liberdades humanas. De nada valeriam os direitos ou as declarações de direitos se não houvesse pois as garantias constitucionais para fazer reais e efetivos esses direitos.³

Alinhadas portanto as noções básicas sobre o que se deva entender por direito e por garantia, restando claro que o direito traz em seu ventre um bem jurídico objetivamente considerado e que a garantia é a segurança que irá resguardar a eficácia de um direito (protegendo em última análise o sujeito de direito), é preciso definir se a norma constitucional que se pretende examinar e que pertine à individualização da pena deve ser considerada um direito ou constitui uma garantia constitucional.

A questão é seguramente tormentosa e merece ser alvo de um exame cuidadoso, como convém às questões delicadas e por isso interessantes.

Em primeiro lugar, o atual texto constitucional revela-se equívoco, à medida que traz um Título II denominado “Dos Direitos e Garantias Fundamentais” e o subdivide em 05 (cinco) capítulos que nada referem acerca das

¹ Apud Paulo Bonavides. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo : Malheiros, 1996. p. 486.

² MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Coimbra : Coimbra, 1988. T. IV. p. 88-89.

³ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 6 ed. São Paulo : Malheiros, 1996. p. 488.

garantias: “Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”, “Dos Direitos Sociais”, “Da Nacionalidade”, “Dos Direitos Políticos” e “Dos Partidos Políticos”. Onde encontrar, pois, as garantias? Haveria o legislador constituinte pretendido relegar a sua noção a segundo plano? Os direitos estabelecidos encontrariam uma ressonância social tão favorável que as garantias seriam despidendas?

Por certo que não. As garantias, como já se pôde perceber, assumem relevo no resguardo da eficácia dos mais variados direitos e, mesmo que não tenham sido nominadas como tais, possuem uma realidade inegável e estão disseminadas pelo texto da Constituição, especialmente em seu artigo 5º, como ocorre com a norma em exame.

Nesse sentido, seria tarefa simples dizer que essa norma se revela como uma garantia constitucional que tem por meta resguardar o direito de liberdade, que é direito fundamental da pessoa, armando o cidadão com a possibilidade de exigir do Estado o comportamento objetivo de, após demonstrar a sua responsabilidade penal através de um devido processo legal, aplicar a sanção correspondente ao delito de forma individualizada, observando, a um só tempo, os contornos que o fato típico revela e as características pessoais do autor. Essa, aliás, é a lição de José Afonso da Silva, para quem o direito de liberdade, o direito de não sofrer sanção por fato alheio, o direito à incolumidade física e moral, à defesa, à liberdade política e de opinião e, enfim, o direito à segurança em geral, todos são protegidos pelas garantias penais que se acham inscritas nos incisos XXXVII a LXVII do artigo 5º.⁴

Tudo isso é verdade, mas não é toda a verdade. A colocação peca pela visão parcial, unilateral. A norma que se examina – e que constitui uma das diversas facetas do devido processo legal – ao tempo em que preserva o indivíduo, fixando o modo de proceder do Estado no exercício de seu *jus puniendi*, legitima essa função do Estado, assenta a possibilidade de o Estado, atendendo ao que normas infraconstitucionais estabelecem como sendo o devido processo legal, punir o indivíduo, com todo o rigor que a situação esteja a exigir, de modo a transferir, através do julgador, para o *quantum* da pena concretizada, todas as circunstâncias relevantes do fato criminoso e as características pessoais de seu autor.

⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 9. ed. São Paulo : Malheiros, 1994, p. 364.

Cuida-se, pois, de via de duas mãos. No embate entre direito e garantia, defina-se com segurança pela garantia. Mas no que tange à natureza dessa garantia, ou, mais propriamente, ao seu destinatário, há que se ter cuidado com as afirmações precipitadas. Se é certo que o indivíduo se resguarda com a norma, não é menos certo que o Estado com ela também se legitima. Assim, se o cidadão pode exigir que o Estado apenas lhe sancione de forma individualizada, o Estado, a seu lado, tem o direito de estabelecer a sanção com observância de todas as circunstâncias que se sobrelevem do fato ou das condições do agente, desimportando completamente o resultado dessa operação, se uma pena leve ou mais contundente, já que a individualização da pena – devido processo legal para a espécie – foi realizada.

II – REGRA OU PRINCÍPIO?

José Joaquim Gomes Canotilho define a Constituição como um *sistema normativo aberto de regras e princípios*: é um *sistema normativo* porque a estruturação das expectativas referentes a valores, programas, funções e pessoas é feita através de normas; é um *sistema aberto* por ser flexível às concepções cambiantes da verdade e da justiça; é, finalmente, um *sistema de regras e princípios* porque as normas do sistema tanto podem revelar-se sob a forma de *regras* como sob a forma de *princípios*.⁵

A norma, pois, é gênero, que se revela na especialidade de regras e princípios. Em uma noção inicial, é possível afirmar que as *regras* são normas que prescrevem uma exigência de modo imperativo, sem flexibilidade a exceções, ao passo em que *princípios* são normas que apenas determinam a otimização de um direito ou de um bem jurídico, mas nada proibem, permitem ou exigem em termos de “tudo ou nada”, já que têm sempre em conta a “reserva do possível”, fática ou jurídica.

Além disso, já que a distinção entre regras e princípios não é tarefa simples, é possível que se examine a questão segundo alguns critérios determinados⁶:

⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 2.ed. Coimbra : Almedina. p. 1033.

⁶ *Idem*, p. 1.034.

grau de abstração (os princípios são normas com um grau de abstração relativamente elevado, ao tempo em que as regras possuem uma abstração sensivelmente mais reduzida);

grau de determinabilidade (os princípios, em sendo vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras, enquanto as regras são suscetíveis de aplicação direta);

caráter de fundamentalidade (os princípios são normas de natureza ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico);

proximidade da idéia de direito (os princípios são *standards* juridicamente vinculantes radicados nas exigências de justiça ou na idéia de direito; as regras podem ser normas vinculativas com conteúdo meramente formal);

natureza normogênética (os princípios são fundamentos de regras, isto é, normas que estão na base ou constituem a *ratio* de regras jurídicas, desempenhando, então, uma função normogênética fundamentante).

Transportando com muito cuidado essas noções para a sede do dispositivo constitucional relativo à individualização da pena, pode-se concluir com relativa tranqüilidade que se está diante de *regra constitucional* e não de princípio.

Em primeiro lugar, cuida-se de norma que impõe uma conduta tanto ao legislador infraconstitucional (diretamente), quanto ao julgador (indiretamente), não abrindo espaços para que qualquer desses destinatários venha a formular hipóteses de exceção. A aplicação da pena deverá sempre e sempre ter em conta as circunstâncias que se evidenciam a partir do fato delituoso e as que clareiam a natureza do agente que o cometeu. Em nenhuma hipótese será possível – por óbvio – a aplicação de pena de modo indiferente a tais detalhes.

Isso é característica típica das regras e de seu caráter de inafastabilidade, e não dos princípios, que têm finalidades seguramente mais voltadas à orientação do sistema jurídico em geral e prescindem da imperatividade que permeia a existência das regras.

De outro lado, a norma em exame não revela grau de abstração elevado, já que encerra comando objetivo e direto (“a lei regulará a individualização da pena”), que pode ser aplicado diretamente a casos *sub judice* em hipóteses em que eventualmente a regulação infraconstitucional se mostre insuficiente.

Por fim, não se há de ver nessa norma um caráter de fundamentalidade que poderia qualificá-la como princípio, a exemplo do que se observa no verdadeiro princípio a que ela se integra: o devido processo legal, que atua, este sim, como verdadeiro fundamento de regras, orientando o ordenamento jurídico em determinado sentido.

III – CLASSIFICAÇÃO QUANTO À APLICABILIDADE E EFICÁCIA

Tendo sido assentado que a norma inculpada no artigo 5º, XLVI, 1ª parte, de nossa carta política revela a grandeza de uma *garantia* constitucional, ultrapassando as fronteiras de um mero direito, e que possui a natureza densa e imperativa de uma *regra*, superando a abstração dos princípios, o que, *per se*, já evidencia traços importantes de eficácia jurídica, deve-se agora adentrar na questão específica de sua *aplicabilidade e eficácia*, para o que se terá como norte a lição de José Afonso da Silva, objetiva, segura e que goza de grande aceitação entre os operadores do direito.

Aplicabilidade significa a qualidade do que é aplicável. Em sentido jurídico, diz-se da norma que tem possibilidade de ser aplicada, isto é, da norma que tem capacidade de produzir efeitos jurídicos. Não se cogita de saber se ela produz efetivamente esses efeitos, já que isso seria uma perspectiva sociológica, atinente à eficácia social, mas apenas de sua potencialidade de aplicação. E uma norma só é aplicável à medida que é eficaz.

Eficácia, de sua vez, é a capacidade da norma de atingir os objetivos previamente fixados como metas, ou, no dizer de J. H. Meirelles Teixeira, “a qualidade de produzir, em maior ou menor grau, efeitos jurídicos, ao regular, desde logo, as situações, relações e comportamentos de que cogita”.⁷

⁷ Apud SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3.ed. 3ª tiragem. São Paulo : Malheiros, 1999. p. 66.

Na verdade, eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais não são fenômenos distanciados e se evidenciam praticamente como aspectos do mesmo fenômeno, sendo a eficácia vista como *potencialidade*, ao passo que a aplicabilidade desvelada como *realizabilidade, praticidade*.

A premissa inicial é a de que *não há norma constitucional alguma destituída de eficácia*. Todas elas irradiam efeitos jurídicos, importando sempre uma inovação da ordem jurídica preexistente à entrada em vigor da constituição a que aderem e a nova ordenação instaurada.

O que se pode admitir, isto sim, é que a eficácia de certas normas constitucionais não se manifeste na plenitude dos efeitos jurídicos pretendidos pelo constituinte enquanto não se emitir uma norma jurídica ordinária complementar executória, prevista ou requerida.⁸

Assim, se todas as normas constitucionais possuem certo trânsito no mundo jurídico em termos de eficácia, a diferenciação que se pode estabelecer diz com o grau dessa eficácia. Por isso podem ser discriminadas em três grandes categorias:

- *normas constitucionais de eficácia plena;*
- *normas constitucionais de eficácia contida;*
- *normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida.*

As normas de eficácia plena são aquelas que têm a possibilidade de produzir todos os seus efeitos desde a entrada em vigor da Constituição. São, portanto, de aplicabilidade direta, imediata e integral sobre as questões objeto de sua regulamentação.

Já as normas de eficácia contida (ou restringível) também podem produzir a totalidade de seus efeitos desde a sua vigência, mas prevêm meios ou conceitos que permitem que a sua eficácia venha a ser contida em certos limites, dadas certas circunstâncias. São, portanto, também de aplicabilidade direta, imediata, mas cuja integralidade pode ser subtraída por norma posterior. Se a contenção, por lei restritiva, não ocorrer, a norma permanecerá de aplicabilidade integral.

⁸ Idem, *ibidem*, p. 81-2.

Por fim, as normas de eficácia limitada ou reduzida são aquelas que não produzem todos os seus efeitos essenciais com a sua mera entrada em vigor, já que a normatividade que encerram não é suficiente e precisa ser complementada pelo legislador ordinário ou por outro órgão de Estado. São, então, de aplicabilidade indireta, mediata e reduzida, porque somente incidem totalmente sobre os interesses, objeto de sua regulação, após uma normatividade ulterior que lhes desenvolva a eficácia, ou ainda anterior, se recepcionada pelo novo ordenamento maior.

Por certo que a norma que determina seja a pena individualizada e que é objeto do presente estudo não se enquadra na primeira categoria (eficácia plena), porque o constituinte relegou função disciplinadora ao legislador ordinário, de forma que a sua normatividade não estabelece o regramento completo acerca da questão. Também não se cuida de norma de eficácia contida, pois não prevê conceitos que possam vir a reduzir a sua carga de eficácia.

Dessarte – e não apenas por critério de exclusão – integra-se ela à categoria das normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida, eis que a sua normatividade precisa ser complementada pelo legislador ordinário, o que decorre inclusive de expressa disposição (“*A lei regulará a individualização da pena*”).

Mas José Afonso da Silva vai mais longe em suas linhas classificatórias e subdivide essas *normas de eficácia limitada* em⁹:

- *declaratórias de princípio institutivo ou organizativo* e
- *declaratórias de princípio programático*.

As normas que integram o primeiro grupo, também chamadas normas constitucionais de *princípio institutivo*, são aquelas através das quais o constituinte traça esquemas gerais como início da estruturação de órgãos, entidades ou institutos, visando a que o legislador ordinário os estruture em definitivo, em atividade integrativa da eficácia da norma.

O legislador constituinte reconhece a conveniência de disciplinar certa matéria relativamente à organização das instituições constitucionais, mas, ao mesmo tempo, por razões várias, e até de pressão, limita-se a traçar esquemas

⁹ Idem, *ibidem*, p. 86-7.

gerais (princípios, como começo) sobre o assunto, incumbindo ao legislador ordinário a complementação do que foi iniciado, segundo a forma, os critérios, os requisitos, as condições e as circunstâncias previstos na norma mesma.¹⁰

Essas normas constitucionais de princípio institutivo podem ser *facultativas* ou *impositivas*. Serão facultativas ou permissivas quando se limitam a dar ao legislador ordinário a possibilidade de instituir ou regular a situação nelas delineada. Serão impositivas as que determinam ao legislador, em termos peremptórios, a emissão de uma legislação integrativa.¹¹

Já as chamadas normas constitucionais de *princípio programático* são aquelas através do qual o legislador constituinte traça princípios para serem cumpridos por seus órgãos – executivos, legislativos e jurisdicionais – visando à realização dos fins sociais do Estado. São esquemas genéricos a serem desenvolvidos pelo legislador ordinário e a serem postos em prática pelos órgãos do Estado.

Considerando que já se definiu o enquadramento da norma do artigo 5º, XLVI, dentre as normas de eficácia limitada, deve-se agora perquirir a qual dos dois subgrupos examinados pertence.

Nesse sentido, a definição deve dar-se no sentido de que se trata de norma de princípio institutivo, já que o constituinte, ao determinar que a lei regulará a individualização da pena, em verdade estruturou em linhas gerais um instituto jurídico, relegando ao legislador ordinário a tarefa da regulação detalhada. Não se cuida de norma de princípio programático porque dela não se extraem esquemas gerais de forte carga axiológica que, cumpridos pelos poderes do Estado, implicarão alcance das finalidades maiores deste. Por fim, é norma de princípio institutivo seguramente impositiva, já que claramente determina ao legislador ordinário a tarefa de disciplinar a sistemática de individualização da pena.

IV – GRAU DE EFICÁCIA

A conclusão parcial de que a norma constitucional que determina a individualização da pena é de *eficácia limitada* (e, dentro dessa classificação, *declaratória de princípio institutivo*) significa dizer antes de tudo que ela

¹⁰ Idem, ibidem, p. 125.

¹¹ Idem, ibidem, p. 126-7.

possui eficácia. Aliás, como já se afirmou, toda norma constitucional possui eficácia. O questionamento que então surge é inevitável: a que grau de eficácia estamos referindo-nos? Qual a potencialidade de aplicação que essa norma revela?

Assente-se, de início, que essas normas constitucionais de princípio institutivo entram em vigor juntamente com a Constituição, como acontece com todas as normas constitucionais, independentemente da emissão de norma integrativa, mas sua eficácia integral é que fica na pendência dessa norma.

Por isso, estando essas normas em vigor mesmo antes do advento da legislação de que necessitam para a sua eficácia integral, são *aplicáveis até onde possam*, vale dizer, devem ter sua incidência sobre os casos concretos ditada pelo aplicador até o limite do possível, pois que sabidamente se cuida de norma que, afora sua superior hierarquia, é fundamental no ordenamento jurídico.

Nesse sentido, é possível afirmar que tais normas de princípio institutivo: a) se são *confirmativas* de situação jurídica preexistente, essa permanece reconhecida, como era, até que a lei integrativa lhe imponha a alteração prevista; b) se traçam esquemas novos, revogam normas jurídicas preexistentes, instituidoras de situações contrárias ao princípio nelas consubstanciado, e a situação nova só será validamente configurada com a promulgação da lei integrativa; c) se traçam esquema contrário a situações preexistentes, também invalidam as normas agasalhadoras dessas situações e a nova situação somente poderá começar a ser formada com a promulgação da lei integrativa.¹²

Assim, normas como aquela, objeto do presente exame, que atine à individualização da pena, são aplicáveis desde que a Constituição entra em vigor, independentemente de lei integrativa, na medida do possível, *com a maior largueza possível*, de acordo com os elementos autônomos que revelem, pois que isso impõe a sua natureza de norma fundamental dentro do sistema.

Tais argumentos, porque dizem com a natureza das coisas, nos parecem os mais importantes, já que se revelam de tal modo entranhados nas concepções fundamentais que orientam o sistema jurídico que afastam de si

¹² Idem, *ibidem*, p. 132.

a instabilidade que as opções legislativas provocam. Não bastasse, há ainda o fato objetivo de que nossa carta política alinhou disposição expressa no sentido da aplicabilidade imediata de normas que tais: *Art. 5º[.] § 1º. As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata*".¹³

"Ainda quando se afigure pouco lógica a existência de uma regra afirmando que as normas constitucionais são aplicáveis, parece bem a sua inclusão no texto, diante de uma prática que reiteradamente nega tal evidência".¹⁴

V – CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em primeiro lugar, grife-se que a norma inserta na primeira parte do inciso XLVI do artigo 5º da Constituição Federal é uma *garantia constitucional* e que deve ser vista por dois prismas: de um lado, ao resguardar o direito de liberdade, confere ao cidadão a possibilidade de exigir do Estado que proceda à aplicação de sua pena de forma individualizada, atentando para as suas condições pessoais e para as circunstâncias relevantes do fato criminoso; de outro lado, ao integrar a garantia maior do devido processo legal, estabelece condições de legitimidade para que o Estado proceda à punição do criminoso em toda a extensão que a situação esteja a reclamar.

Portanto, se o indivíduo sai assegurado contra o abuso de poder e a discricionariedade, o Estado sai legitimado para, dentro do procedimento adequado, privar o cidadão de sua liberdade na exata medida da necessidade.

De outro lado, essa norma cuida-se de *regra constitucional* e não de um princípio, do que decorre um caráter de inafastabilidade, de imperatividade, de aplicação obrigatória, afastada de hipóteses exceptivas.

Ainda, é norma de eficácia limitada e declaratória de princípio institutivo, mas, especialmente, que entra em vigor juntamente com a Constituição e que deve ser aplicada até o limite do possível, porque sua carga de eficácia – embora limitada – é importante e porque isso representa respeito à vontade do legislador constituinte.

¹³ SENADO FEDERAL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, 1988.

¹⁴ BARROSO, Luis Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas. Limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 3.ed. Rio de Janeiro : Renovar, 1996. p. 146.

Por fim, essa norma inserida no inciso XLVI está sujeita ao comando do § 1º do mesmo artigo 5º, que determina que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Assim, resta alinhar, apenas, algumas situações concretas que nos parece estejam a reclamar a incidência dessa regra constitucional, com a relevante carga de eficácia que ela revela, diante da deficiente regulação infraconstitucional, o que se fará, contudo, de modo conciso e exemplificativo, porque tal exame ainda deverá ser objeto de estudo mais acurado:

a) Pluralidade de Circunstâncias Qualificadoras

Em primeiro lugar, pode-se cogitar da situação específica que surge na dosimetria da pena quando há pluralidade de circunstâncias qualificadoras em relação ao mesmo delito e ao mesmo agente, ocasião em que a primeira das qualificadoras reconhecidas cumpre suficientemente a sua função natural de definir novos limites abstratos da pena (eis que se trata de tipo novo, ainda que derivado) e as demais restam aparentemente sem função.

Nessa hipótese, tem-se observado basicamente dois tipos de postura de parte dos julgadores: *a)* desconsideram as circunstâncias qualificadoras remanescentes porque não encontram base legal para a sua utilização; *b)* empregam essas qualificadoras ou como agravantes, quando houver essa correspondência, ou como diretiva judicial do artigo 59 do Código Penal, notadamente sob o enfoque das “circunstâncias”.

Note-se que a primeira postura – passiva, de desconsideração de circunstâncias – funda-se justamente na falta de regramento adequado que discipline a questão, ao passo que a segunda – ativa, de aproveitamento das circunstâncias a outro título – parece carecer de base legal autorizativa.

Será justamente nesse tipo de situação em que a reconhecida e importante eficácia do dispositivo constitucional de individualização da pena deverá atuar, não somente permitindo, mas literalmente obrigando o julgador a levar em consideração no processo de dosimetria absolutamente todas as circunstâncias que se revelam a partir do evento, porque isso e somente isso é individualizar verdadeiramente a pena. Sem argumento restarão aqueles que desconsideram circunstâncias por ausência de comando legal autorizativo e

acompanhados da maior das justificativas (a Constituição) estarão os que costumam utilizar tais circunstâncias a outro título, aparentemente sem amparo legal.

Isso significa vislumbrar a garantia constitucional não somente como protetiva do direito de liberdade, mas como integrativa do devido processo legal e que por isso legitima o Estado na função/obrigação de punir o agente pelo fato criminoso que cometeu com a estreita observância de todos os elementos que devam influenciar no processo de aplicação da pena.

b) Modo de Incidência de Causas de Aumento

De outro lado, deve-se trazer à evidência situação que surge no *iter* final do sistema trifásico de aplicação da pena. Após a definição da pena-base (a partir das diretivas do artigo 59 do Código Penal) e da pena provisória (com a incidência das circunstâncias agravantes e atenuantes), passa-se à terceira fase da dosimetria, com vistas a se chegar à pena definitiva, para o que se procede à aplicação das causas de aumento e de diminuição, que podem ser as mais variadas.

Na pluralidade de causas de aumento, procede-se à aplicação da primeira sobre a pena provisória, apura-se um resultado parcial e sobre ele opera-se a incidência de outra causa de aumento. É o que se costuma denominar “efeito cascata”, onde cada nova operadora incide sobre o resultado da operação imediatamente anterior. A grande justificativa para esse procedimento diz respeito às causas de diminuição, com vistas a evitar o risco de chegar-se a uma pena zero.

A primeira e mais comum acepção do termo *garantia constitucional* diz com a proteção do direito de liberdade, que *in casu* ocorrerá com o impedimento do arbítrio do julgador pelo processo de individualização da pena, que afastará qualquer elemento de risco, como as paixões ou a vingança, e determinará que a pena a ser aplicada ao infrator seja apenas e tão-somente a decorrência natural do fato que ele praticou e de suas condições pessoais, sendo que cada diretiva reconhecida pelo julgador deverá ter o peso que a lei determinar.

Nesse contexto, a agressão à garantia constitucional pelo que se expôs é evidente. Para o fim de afastar uma inconsistência do sistema (a possibilidade de pena zero), aplica-se a pena a partir de um sistema extremamente agressivo

à posição do réu, à medida que dito “efeito cascata”, fazendo cada causa de aumento operar sobre o resultado de operações anteriores, eleva indiscutível e gravemente a pena final e definitiva.

A prática é daninha e sempre encontrou justificativa em duas ordens de fatores: a) inexistência de impedimento legal; b) inevitabilidade por outro modo do risco da pena zero.

Pois bem, com a consideração adequada da garantia e regra da individualização da pena, o impedimento já existe e é dos mais relevantes, já que tem sede constitucional. Nesse sentido, não se olvide que o respeito e mesmo o cuidado com a Constituição é pressuposto de uma sociedade que se pretende minimamente esclarecida e desenvolvida.

De outro lado, ou tente-se por outros caminhos afastar a possibilidade de que a pena chegue ao resultado zero ou conviva-se com essa possibilidade notadamente absurda. O que não se pode admitir, isto sim, é que o réu seja penalizado pelo que evidentemente não deve, mas simplesmente porque existe uma grave falha na construção do sistema teórico-prático de apenamento.

Novamente, pois, a importância da atuação da norma constitucional que se examina, agora pelo enfoque tradicional de contenção de abusos de poder.

Finalizando, insista-se na necessidade de que normas como a que se examinou, de eficácia limitada, e com sobradas razões as demais normas constitucionais, sejam integradas de vez ao dia-a-dia das lides do direito. “Toda constituição é feita para ser efetivamente aplicada. Nasce com o destino de reger a vida de uma nação, construir uma nova ordem jurídica, informar e inspirar um determinado regime político-social.”¹⁵

Na lição de Konrad Hesse,

Um ótimo desenvolvimento da força normativa da Constituição depende não apenas do seu conteúdo, mas também de sua *práxis*. De todos os partícipes da vida constitucional, exige-se partilhar aquela concepção anteriormente por mim denominada vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*). Ela é fundamental, considerada global ou singularmente. Todos os interesses momentâneos – ainda quando realizados – não

¹⁵ Idem, *ibidem*, p. 225.

logram compensar o incalculável ganho resultante do comprovado respeito à Constituição, sobretudo naquelas situações em que a sua observância revela-se incômoda.¹⁶

E de acordo com Walter Burckardt, aquilo que é identificado como vontade da Constituição

deve ser honestamente preservado, mesmo que, para isso, tenhamos de renunciar a alguns benefícios, ou até a algumas vantagens justas. Quem se mostra disposto a sacrificar um interesse em favor da preservação de um princípio constitucional, fortalece o respeito à Constituição e garante um bem de vida indispensável à essência do Estado, mormente ao Estado democrático. Aquele que, ao contrário, não se dispõe a esse sacrifício, malbarata, pouco a pouco, um capital que significa muito mais do que todas as vantagens angariadas, e que, desperdiçado, não mais será recuperado.¹⁷

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 6.ed. São Paulo : Malheiros, 1996.
- BARROSO, Luis Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. Limites e possibilidades da Constituição Brasileira. 3.ed. Rio de Janeiro : Renovar, 1996. p. 146.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 2.ed. Coimbra : Almedina, s/d.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre : Fabris, 1991.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Coimbra : Coimbra, 1988. Tomo IV.
- SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3.ed. 3ª tiragem. São Paulo : Malheiros, 1999.
- _____. *Curso de direito constitucional positivo*. 9.ed. São Paulo : Malheiros, 1994. p. 364.

¹⁶ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre : Fabris, 1991. p. 19-23.

¹⁷ Apud Konrad Hesse. Op. cit. p. 22.

