

UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ

FACULDADE DE DIREITO

SAMIA CHAVES ODÍSIO

DOSIMETRIA PENAL

CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DE FIXAÇÃO DA PENA-BASE

(ART. 59 DO CPB)

Fortaleza - Ceará

2006

SAMIA CHAVES ODÍSIO

DOSIMETRIA PENAL

CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DE FIXAÇÃO DA PENA-BASE

(ART. 59 DO CPB)

**Monografia apresentada à
Coordenação do Curso de Graduação
em Direito da Universidade Federal do
Ceará, como requisito parcial para
obtenção do título de Bacharela em
Direito.**

ORIENTADORA: Prof^a. Carla Brizzi.

Fortaleza - Ceará

2006

AGRADECIMENTOS

A Deus, pela fé constantemente renovada, dando-me forças e luz para alcançar, pela sua graça, minhas metas;

À Nossa Senhora, por trazer-me sob seu manto, guardando meu caminho;

Ao meu pai e melhor amigo, Agostinho Odísio, pelo amor sem limites, pelos exemplos de luta, perseverança e superação, pelas valiosas lições, pela torcida apaixonada, pela confiança inabalável e pela certeza de que, qual seja o caminho a seguir, seus passos me indicarão a melhor direção;

À minha mãe e amiga, Maria Valbenice Chaves Odísio, pela dedicação e cuidado extremado, pela abdicção, pelo perdão fácil, pela segurança e por não impor, nunca, limites ao amor e conforto que me dedica;

Ao meu irmão, Tiago Chaves Odísio, pela confiança e alegria com que recebe minhas conquistas;

Ao meu tio, Eliseu Monteiro Chaves e minha avó, Abgail Monteiro Chaves, que fizeram dos meus sonhos os seus sonhos, lutando junto a mim e me provendo de todos os meios necessários à persecução dessa vitória, que assim como o amor que nos une, é superior à distância que nos separa;

À amiga Anna Paula Pinto Cavalcante, por ser a companheira leal nos momentos bons e o suporte firme e doce nos difíceis, por compartilhar sonhos e lições e pela certeza que este laço iniciado na Faculdade já é realidade em nosso futuro;

Ao professor Emerson Castelo Branco Mendes, não só pelas enriquecedoras lições teóricas mas, principalmente, por me apresentar o lado humano do direito, dissipando minhas inseguranças e dúvidas quanto ao curso e sendo, mais que um educador, o exemplo no qual pretendo espelhar minha caminhada profissional;

À professora Carla Brizzi, pela presteza e pelo apoio nesse trabalho, mesmo com todas as dificuldades estruturais enfrentadas pela Faculdade de Direito...

...meus agradecimentos e gratidão eternos.

“Aquele que quiser tornar-se importante, deve estar a serviço dos outros”.

Jesus Cristo

(Mc. 10,43)

RESUMO

Analisa a dosimetria penal quanto à fixação da pena-base. Remonta às origens da pena e do direito estatal de punir nas sociedades antigas até sua atual aplicação em diversos países, principalmente no Brasil. Trata sobre a sentença penal, seus fundamentos e requisitos, dando especial atenção a sentença penal condenatória. Dispõe sobre a dosimetria penal e o princípio constitucional de individualização da pena, traçando suas particularidades e aplicação em diversos países. Delimita a pesquisa na primeira fase da dosimetria penal, que trata das circunstâncias judiciais do art. 59 do CPB. Apresenta as circunstâncias judiciais, individualizando-as, pontuando suas características e explicitando o procedimento adotado para sua correta apreciação pelo magistrado. Trata da instrução penal brasileira, apresentando os problemas que impossibilitam o magistrado analisar a contento as circunstâncias judiciais, ocasionando penas em desacordo ao princípio de individualização das reprimendas penais.

Palavras-chave: Dosimetria Penal. Circunstâncias Judiciais de Fixação da Pena-Base. Princípio de Individualização da Pena. Direito Brasileiro.

ABSTRACT

It analyzes the penal dosimetria with relationship to the fixation of the penalty-base. It retraces to the origins of the penalty and of the state right of punishing in the old societies until its current application in several countries, mainly in Brazil. It treats about the penal sentence, its beddings and requirements, giving special attention to condemnatory penal sentence. It disposes about the penal dosimetria and the constitutional principle of individualization of the penalty, delineating its particularities and application in several countries. It delimits the research in the first phase of the penal dosimetria, that treats about the judicial circumstances of the art. 59 of Brazilian Criminal Code. It presents the judicial circumstances, individualizing them, pointing out its characteristics and evidencing the adopted procedure for its correct appreciation by the magistrate. It treats about the Brazilian penal instruction, presenting the problems that disable the magistrate to analyze the judicial circumstances satisfactorily, causing penalties in disagreement to the individualization principle of the penal reprimands.

Key word :Penal Dosimetria. Judicial circumstances of fixation of the penalty-base. Constitutional principle of individualization of the penalty. Brazilian right.

LISTA DE ANEXOS

Anexo I –Sentença Condenatória	93
--------------------------------------	----

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1. ORIGEM DA PENA E DO DIREITO DE PUNIR	15
1.1 A história das Penas na Legislação Brasileira	28
2. SENTENÇA PENAL	32
2.1 Natureza Jurídica, Classificação e Requisitos	32
2.2 Embargos de Declaração	37
2.3 Sentença Absolutória	37
2.4 Sentença Condenatória	39
3. DOSIMETRIA PENAL	42
3.1 Fixação da Pena	42
3.2 Direito Comparado	54
3.3 Princípio de Individualização da Pena	58
4. CIRCUNSTANCIAS JUDICIAIS DE FIXAÇÃO DA PENA-BASE.....	60
4.1 Culpabilidade	64
4.2 Antecedentes	68
4.3 Conduta Social	71
4.4 Personalidade do Agente	73
4.5 Motivos	75
4.6 Circunstancias.....	76
4.7 Conseqüências	79

4.8	Comportamento da Vítima	80
5.	CRÍTICAS À INSTRUÇÃO CRIMINAL NO BRASIL.....	83
6.	CONSIDERAÇÕES FINAIS	87
7.	REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	89
8.	ANEXO	92

INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende analisar a questão referente à fixação da pena-base no direito brasileiro através da aferição das circunstâncias judiciais do art. 59 do CPB, garantindo-se, assim, reine o princípio constitucional de individualização da pena.

Inicialmente, traçamos linhas históricas sobre o instituto das penas e do direito de punir do Estado, verificando desde sua origem na vindita até a evolução, iniciada no período Iluminista, na busca da proporcionalidade da reprimenda ao crime praticado.

Soler, em sua obra *Derecho Penal Argentino* (Buenos Aires, TEA, 1970), definiu pena como sendo “*a sanção aflitiva imposta pelo Estado, mediante ação penal, ao autor de uma infração (penal), como retribuição de seu ato ilícito, consistente na diminuição de um bem jurídico, e cujo fim é evitar novos delitos*”.

Cesare Beccaria, em sua célebre obra *Dos Delitos e das Penas*, ensinou que “*só as leis podem fixar as penas de cada delito e que o direito de fazer leis penais não pode residir senão na pessoa do legislador, que representa toda a sociedade unida por um contrato social*”.

Porém, ressaltou Beccaria que por fazer parte da sociedade, não pode o magistrado, com justiça, infligir a outro membro dessa sociedade pena que não decorra de lei, pois no momento em que o juiz for mais severo que a lei, será injusto.

Num segundo momento, esposamos linhas gerais sobre a sentença penal, principalmente sobre as condenatórias, por ser nesta que o magistrado, imbuído do *ius puniendi* que o Estado lhe confere, aplicará os procedimentos para a dosimetria penal.

Mister se faz, diante disto, o estudo dos princípios norteadores de cálculo penal, objetivando-se, pois, que com uma dosimetria penal baseada em preceitos eqüitativos, cheguem os magistrados a individualização da pena apregoada pela nossa Carta Máxima e, nesse diapasão, afastem-se das penas injustas e falhas decorrentes do próprio espírito humano o que apreciamos no terceiro capítulo.

A dosimetria da pena, em verdade, é o momento de maior importância ao aplicador do direito penal e processual penal, pois é nessa ocasião que, revestido do poder jurisdicional que o Estado lhe confere, o julgador comina ao indivíduo a sanção que reflete a reprovação estatal do crime cometido através da pena imposta, objetivando com isso a prevenção do crime e sua correção.

Ao contrário da comezinha opinião na qual a fixação da pena seja fruto de meros cálculos processuais, encontramos valiosa lição do magistrado Gilberto Ferreira, *in verbis*:

“engana-se quem pensa que a aplicação da pena seja um ato mecânico, de simples cálculos aritméticos. Não. A arte de aplica-la é, talvez, mais difícil do que a de julgar. No julgar, há uma escolha entre o certo e o errado. No aplicar a pena, às vezes, há uma opção entre a vida e a morte; ou entre a prisão e a liberdade.”

Nesta busca por meios de se obter a máxima equidade possível quando da individualização da pena, a reforma da parte geral do código penal, em 1984, adotou o sistema trifásico de fixação da pena preconizado pelo mestre Nelson Hungria, dividindo o cálculo penal em: I) Primeira Fase: Determinação da

pena-base através da apreciação das circunstâncias judiciais (Art. 59 do CPB), II Segunda Fase: Determinação da pena provisória através da apreciação das circunstâncias agravantes e atenuantes (circunstâncias legais) e III) Terceira Fase: Determinação da pena definitiva, analisando-se as causas de aumento e diminuição contidas no art. 68 do CPB

Neste trabalho delimitaremos o estudo da dosimetria à primeira fase do sistema trifásico, a fixação da pena-base. Acreditamos ser este o momento de maior importância no processo e no qual, efetivamente, garante-se que a reprimenda seja moldada de acordo as características própria do agente e da ação por ele cometida, ganhando os contornos de pessoalidade, proporcionalidade e individualidade.

Para tanto, analisaremos, uma a uma, as circunstâncias judiciais que devem ser sopesadas pelo magistrado para que a pena-base atenda aos preceitos legais. Assim o fazemos com o intuito de demonstrar a existência de elementos quantitativos suficientes para a fixação da pena com a utilização efetiva das circunstâncias judiciais legais de forma criteriosa, além possibilitar, in *concreto* o seu controle, permitindo ao magistrado caminhar largos passos no sentido de proceder à individualização da pena, conforme indica a Constituição Federal do Brasil.

Contudo, o que podemos constatar, não sem pesar, é que para efeito da fixação da pena-base, nossos magistrados – muitas vezes por descuido, inépcia ou reféns de uma péssima instrução criminal - costumam utilizar-se de apenas uma circunstância judicial preponderante, em quantidade de pena excessiva ou diminuta, com desprezo às demais ou, às vezes, valorando a circunstância com chavão estigmatizado, sem quantificação de pena.

A falta de apreciação de todas as circunstâncias descritas no *caput* do art. 59 do CPB, assim como de fundamentação de cada uma destas, ocasiona nulidade da pena fixada, conforme jurisprudência majoritária dos pretórios nacionais. A fundamentação de tais “quesitos” reveste-se de maior importância se verificarmos o caráter essencialmente subjetivos das mesmas.

Visando indicar um critério justo de análise dessas circunstâncias judiciais que possibilite ao acadêmico e ao profissional do Direito conhecer os limites dessa valoração, de forma prática e objetiva, tendo como norte os princípios constitucionais, apresenta-se o presente escrito, sem, contudo, objetivar-se o exaurimento do assunto.

1. ORIGEM DA PENA E DO DIREITO DE PUNIR

Como ponto de partida para o presente capítulo, no qual se pretende abordar a origem da pena e do direito estatal de punir, necessário se faz conhecer sobre o nascimento do Direito Penal e sua missão, o que se dará, nesta oportunidade, de maneira geral, afim, apenas, de servir com base para o tema que se desenvolverá a seguir.

Assevera Maurício Antonio Ribeiro Lopes¹ que:

"o Direito Penal, como objeto de ciência autônoma, nasce com o iluminismo. É nesse momento que o homem moderno toma consciência crítica do problema penal como problema filosófico e jurídico que é. Os temas em torno dos quais se desenvolve a nova ciência são, sobretudo, os fundamentos do direito de punir e da legitimidade das penas (em particular, da pena de morte) na dialética das relações entre os indivíduos, que tomavam consciência de seu intrínseco valor humano, e o Estado, saído do período do absolutismo à procura de diferentes estruturas: o motivo condutor era a concepção jusnaturalista do Estado e do direito. Nessa perspectiva, tem desde logo importância a elaboração do princípio da legalidade e, junto a este, com predominante função de garantia, o tema da sanção penal"

Na lição de Welzel²,

"o Direito Penal é aquela parte do ordenamento jurídico que determina as características da ação delituosa e impõe penas ou medidas de segurança. Missão da ciência penal é desenvolver e explicar o conteúdo destas regras jurídicas e sua conexão interna, é dizer, 'sistematicamente'. Como ciência sistemática estabelece a base para uma administração de justiça igualitária e justa". E arremata: "A missão do Direito Penal é proteger os valores elementares da vida em comunidade".

Para Von Liszt³, se o direito tem como missão principal o amparo dos interesses da vida humana, o direito penal tem como missão peculiar "a defesa

¹ LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. "Alternativas para o direito penal e o princípio da intervenção mínima". RT 757/402

² WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*. 4. ed. Santiago : Editorial Jurídica de Chile, 1997. p. 1.

³ LISZT, Franz von, *Tratado de derecho penal*. Madrid : Reus, 1927. p. 2.

mais enérgica dos interesses especialmente dignos e necessitados de proteção” por meio da ameaça e execução da pena, considerada como um mal contra o delinqüente.

Portanto, proteger valores e bens jurídicos fundamentais da vida comunitária, âmbito da ordem social, e garantir a paz jurídica em sua plenitude são desafio e tarefa do Direito Penal, que teve como instrumento principal para exercer esse controle o instituto da pena, o que se explica ser a história do Direito Penal entendida, muitas vezes, pelas penas utilizadas em cada período.

Admitindo-se, pois, essa interdependência, podemos enumerar as seguintes fase evolutivas do direito penal, tecendo alguns comentários sobre cada uma: (I) Vingança Privada; (II) Vingança Divina; (III) Vingança Pública , (IV) Período Humanitário e (V) Período Criminológico.

Todavia, deve-se advertir que esses períodos não se sucedem integralmente, ou melhor, advindo um, nem por isso o outro desaparece logo, ocorrendo, então, a existência concomitante dos princípios característicos de cada um: uma fase penetra a outra e, durante tempos, esta ainda permanece ao seu lado.

I. Sanções Primitivas : Observa-se nas espécies inferiores a regra de que à agressão devia suceder uma reação violenta. A princípio, reação de indivíduo contra o indivíduo, depois, não só dele como de seu grupo, para, mais tarde, já o conglomerado social colocar-se ao lado deste. É quando então se pode falar propriamente em vingança privada, pois, até aí, a reação era puramente pessoal, sem intervenção ou auxílio dos estranhos.

O revide, entretanto, não guardava proporção com a ofensa, sucedendo-se, por isso, lutas acirradas entre grupos e famílias que se debilitavam, enfraqueciam e extinguíam.

A primeira conquista no terreno repressivo surge com o talião. Por ele delimita-se o castigo; a vingança não será mais arbitrária e desproporcionada. A lei mais famosa baseada no talião é o Código de Hamurabi, rei da Babilônia no séc. XXIII a. C. Outras legislações, porém, adotaram o Talião, como por exemplo a hebraica: o Êxodo (23,24,25), o Levítico (17 a 21) e outros a consagrarem o “olho por olho, dente por dente, mão por mão, pé por pé”.

Conquista igualmente importante foi a composição, preço em moeda, gado, vestes, etc., pelo qual o ofensor “comprava” do ofendido ou de sua família o direito de represália, assegurando sua impunidade. Adotaram a composição o Código de Hamurabi, o Pentateuco, o de Manu e outros, podendo-se dizer que permanece até hoje entre os povos sob forma de indenização., multa, etc.

II. A vingança divina: Nesta fase já podemos verificar um poder social capaz de impor aos homens normas de conduta e castigo. O princípio que domina a repressão é a satisfação da divindade ofendida pelo crime. Pune-se com rigor, pois o castigo deve estar em relação com a grandeza do deus ofendido.

Um dos principais códigos é o da Índia, de Manu (Manava, Dharma, Sastra). Tinha por escopo a purificação da alma do criminoso através do castigo para que pudesse alcançar a bem-aventurança.

III. A vingança pública: Nesta fase o objetivo é a segurança do príncipe ou soberano, através da pena - também severa e cruel - visando à intimidação.

4

Na Grécia, a princípio, o crime e a pena inspiravam-se, ainda, no sentimento religioso. O direito e o poder emanavam de Júpiter, o criador e protetor do

⁴ CUELLO, Calón. *Derecho Penal*, v.1, p. 35

universo. Dele provinha o poder dos reis e em seu nome se procedia ao julgamento do litígio e à imposição do castigo.

Roma não fugiu às imposições da vingança - através do talião e da composição - adotadas pela Lei das XII Tábuas. Teve também caráter religioso, no início da realeza. Não tardaram muito, entretanto, a se separarem direito e religião, surgindo os *crimina publica* (*perduellio*, crime contra a segurança da cidade e *par-ricidium* primitivamente a morte do *civis sui juris*) e os *delicta privata*. Mais tarde surgem os *crimina extraordinária*, interpondo-se entre aquelas duas categorias e , após isso, a pena torna-se, em regra, pública.

É inegável que no campo penal os romanos não atingiram a mesma evolução que no campo civil, porém avantajaram-se a outros povos. Distinguiram, no crime, o propósito, o ímpeto, o acaso, o erro, a culpa leve, a lata, o simples dolo e o *dolus malus*. Não esqueceram, também, o fim de correção da pena : “ *Poena constituitur in emendationem hominum*” (Digesto, Tít. XLVIII, Paulo – XIX, 20).

No direito germânico, o crime é a *quebra da paz*. Esse é o sinônimo de direito. Conheceram o talião e a composição, variando esta consoante a gravidade da ofensa (*Wehrgeld*, indenização do dano; a *Busse*, preço pelo qual o ofensor comprava o direito de vingança do ofendido e de sua família e *Fredus*, valor devido ao soberano).

Pena de caráter severo era a *perda da paz*, em que o condenado, uma vez fora da tutela jurídica do clã ou grupo, podia ser morto não só pelo ofendido e seus familiares como por qualquer outra pessoa.

Características, ainda, das leis bárbaras foram o agrado pelo uso da força para resolver os problemas criminais e a maior preocupação com o dano material causado pelo crime e não com a culpa ou elemento subjetivo do delinqüente.

Caminho diverso trilhava o direito canônico, quer se opondo à influência da força como prova judiciária, quer salientando-se o elemento subjetivo do crime. Até tolerou punições rudes e severas, mas com o fim superior de salvação da alma do condenado.

Esses três direitos, não obstante seus fundamentos diversos, iriam juntamente contribuir para a formação do direito penal comum, que predominou durante toda a Idade Média, e mesmo posteriormente, em vários países europeus.

Não obstante, ainda não se saíra da fase de vingança pública. A preocupação era a defesa do soberano e dos favorecidos. Predominavam o arbítrio judicial, a desigualdade de classes perante a punição, a desumanidade das penas, o sigilo dos processos, os meios inquisitoriais, tudo isso aliado a leis imprecisas, lacunosas e imperfeitas, favorecendo o absolutismo monárquico e postergando os direitos da criatura humana.

IV. O período humanitário: A situação punitiva do período público suscitou na consciência comum a necessidade de modificações e reformas no direito repressivo.

Interprete maior desse anseio foi Cesare Bonesana, Marquês de Beccaria, discípulo de Rousseau e Montesquieu e autor da famosa obra “*Dei delitti e delle pene*” (1764).

Sua obra assenta-se no *contrato social* e, logo de início, chama a atenção para as vantagens sociais que devem ser igualmente distribuídas, ao contrário do que sucedia. Afirma que as penas não podem passar dos imperativos da salvação pública, sustentando que só às leis caberia cominar pena e ao legislador a função de elaborá-las. Em sua obra, ainda, prega a celeridade e certeza do castigo, o que constitui verdade incontestável: “*Quanto mais pronta for a pena e mais de*

perto seguir o delito, tanto mais justa e útil ela será". Aconselha, ainda, a proporção entre a pena e o delito.

Conclui sua obra sintetizando-a em poucas palavras:

“De tudo o que acaba de ser exposto, pode deduzir-se um teorema geral utilíssimo, mas conforme ao uso, que é o legislador ordinário das nações: ‘É que, para não ser um ato de violência contra o cidadão, a pena deve ser essencialmente pública, pronta, necessária, a menos das penas aplicáveis nas circunstâncias dadas, proporcionada ao delito e determinada em lei’”.

A defesa do indivíduo contra leis e a justiça daqueles tempos, que se notabilizaram; aquelas, pelas atrocidades; e esta, pelo arbítrio e servilismo aos fortes e poderosos é a essência de sua obra.

Outro nome que não deve ser olvidado é John Howard. Em terreno mais prático e noutra cenário – Inglaterra – encabeçou o movimento humanitário da reforma das prisões. Percorreu as enxovias e calabouços da Europa e relatou os horrores que presenciou. Propunha um tratamento mais humano ao encarcerado, dando-lhe assistência religiosa, trabalho, separação individual diurna e noturna, alimentação sadia, condições higiênicas, entre outros.

Aos seus livros, outros seguiram, na Inglaterra, pregando o melhor tratamento para os condenados. Por muitos é John Howard considerado o pai da Ciência Penitenciária

V. O período criminológico (ou científico): Após o período humanitário, novos rumos para o direito penal são traçados, ocupando-se agora, com o estudo do homem delincente e a exposição causal do delito.

Quem primeiro os apontou foi César Lombroso, autor da obra *L'uomo delinquente*, no qual considera o crime manifestação da personalidade humana e produto de várias causas, ao contrário da opinião dominante, na qual não passava de fruto do livre arbítrio e entidade jurídica.

Afirmou Lombroso não possuir a pena fim exclusivamente retributivo, mas, sobretudo, de defesa social e recuperação do criminoso, necessitando, então, ser individualizada, o que evidentemente supõe o conhecimento da personalidade daquele a quem será aplicada.

Lombroso foi o criador da *Antropologia Criminal*. Ao seu lado surgem Ferri, com a *Sociologia Criminal*, e Garofalo, no campo jurídico, com sua obra *Criminologia*, podendo os três ser considerados os fundadores da Escola Positiva.

Certo que Lombroso cometeu exageros, máxime no que diz respeito aos caracteres morfológicos do criminoso e no querer reduzir este a uma espécie à parte do gênero humano. Todavia, tem o mérito de haver iniciado o estudo da pessoa do delinquentes. Com ele, este deixou de ser considerado abstratamente.

Ele e Beccaria, embora em rumos diversos, foram os dois *césares* no estudo do crime e da pena. Na frase incisiva de Hafter, o marquês de Milão proclamou ao mundo: “*Homem, conheça a Justiça!*” – Lombroso diria: “*Justiça, conheça o Homem!*”.

Dada essa rápida enumeração das fases do direito penal e suas características, acreditamos que melhor se desenvolverá a explanação sobre a origem das penas e sua evolução na história da humanidade.

A questão referente à origem da pena não é pacífica doutrinariamente. O professor Rogério Greco⁵, por exemplo, defende a idéia de que a primeira pena a ser aplicada na história da humanidade foi a expulsão de Adão e Eva do paraíso. Após essa primeira condenação, aplicada por Deus, o homem, a partir do momento

⁵ GRECO, Rogério. *Curso de direito penal – Parte geral*. Vol. 1, 2005, p. 543

em que passou a viver em comunidade, também adotou o sistema de aplicação das penas toda vez que as regras da sociedade na qual estava inserido eram violadas.

Já para Manoel Pedro Pimentel⁶, o confronto das informações históricas contidas nos relatos antropológicos, oriundos das mais diversas fontes, autoriza uma forte suposição de que a pena, como tal, tenha tido originariamente caráter sacral. É plausível, portanto, que as primeiras regras de proibição e, conseqüentemente, os primeiros castigos (penas), se encontrem vinculados às relações totêmicas. A violação a essas regras, que ficaram conhecidas por “tabus”, acarretavam aos infratores castigos ditados pelo encarregado do culto, que também era o chefe do grupo, e tinha um caráter coletivo.

Segundo escólio do professor e membro do Ministério Público do Estado de São Paulo, Renato Marcão⁷, *"a origem da pena é a vindita. Nos povos primitivos a idéia da pena nasceu do sentimento de vingança, inicialmente na forma privada, e posteriormente foi alçada à categoria de direito"*. Essa é a posição defendida pela maioria daqueles que debruçam seus estudos acerca da matéria.

Há, porém, opiniões em contrário, como a de Heitor Júnior, argumentando que *"na história da punição, há muitas divergências, no tocante à sua primeira forma de aparecimento como quanto às suas características"*. Para ele a vingança privada como gênese da pena é um equívoco baseado no evolucionismo darwinista, onde *"não encontra guarida nas investigações sócio-antropológicas, efetuadas em grupos ou tribos, ainda vivendo sob a forma primitiva"*. O que se observa nestes grupos é a submissão do indivíduo ao coletivo. *"O mais certo será ad-*

⁶ PIMENTEL, Manoel Pedro. O crime e a pena na atualidade. São Paulo: Revista dos tribunais, 1983, 9.118-119

⁷MARCÃO, Renato. www.faroljuridico.com.br, 2002.

mitir que o homem primitivo estava muito mais vinculado a seu grupo por laços de necessidade e solidariedade do que levado por seus próprios instintos" .

Data vênua, assumimos a posição majoritária, acreditando ser a pena primitiva originária da *vindita*, remota aos mais antigos grupamentos de homens, onde a lei do mais forte, a vingança privada, prevalecia.

Encontrava-se o homem primitivo muito ligado a sua comunidade, uma vez que fora dela sentia-se especialmente exposto e suscetível aos mais diversos sortilégios. Essa ligação refletia-se na organização jurídico primitiva, baseado no vínculo de sangue do qual advinha, nas palavras de Erich Fromm⁸, “*dever sagrado que recai num membro de determinada família, de um clã ou de uma tribo, que tem de matar um membro de uma unidade correspondente, se um de seus companheiros tiver sido morto*”.

Após surgimento do Estado, com o aparecimento das religiões, surgiram regras de Direito Penal com conotação de divindade. A punição se aplicava em nome desta. Conforme ensinamentos de Henny Goulart,⁹ sendo o ato considerado como atentado à divindade, a sanção tendia para a eliminação ou expulsão do transgressor, sacrifício que se oferecia aos deuses.

Durante muito tempo os conceitos de crime e pecado eram praticamente unos, por influência do Direito Canônico. As figuras do acusador e a do defensor público foram inovações trazidas pelo Tribunal do Santo Ofício, que, não raro, invadiam a competência dos Estados. Sua competência originária era apurar e julgar a heresia, sendo o conceito de heresia aquele que atendesse à vontade do inquisidor. O processo penal era secreto, tendo somente a execução da pena o caráter

⁸ FROMM, Erich. *Anatomia de destrutividade humana*. Trad. Marco Aurélio de Moura Matos. Rio de Janeiro: Zahar, 1975, p. 366. *Apud* MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da pena*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000. p

⁹ GOULART, Henry. *Penologia*. São Paulo: Editora Brasileira de Direito, 1975. p. 27.

público. A pena incidia diretamente no corpo do condenado – que era, ao mesmo tempo, o objeto em que se personificava o processo penal, que até dado momento permanecera sigiloso – numa execução pública.

Com o desenvolvimento dos Estados e surgimento do absolutismo, o direito de punir concentrou-se nas mãos do monarca, em nome de quem se deveria fazer a justiça. Aníbal Bruno¹⁰ destaca, com muita propriedade, que

“nesse longo e sombrio período da história penal, o absolutismo do poder público, com a preocupação da defesa do príncipe e da religião, cujos interesses se confundiam, e que introduziu o critério da razão de Estado no Direito Penal, o arbítrio judiciário, praticamente sem limites, não só na determinação da pena, como ainda, muitas vezes, na definição dos crimes, criavam em volta da justiça punitiva uma atmosfera de incerteza, insegurança e justificado terror”.

Tais idéias encontravam sustentáculo nas obras de pensadores como o inglês Thomas Hobbes. Aliás, no contrato social hobbesiano, pelo medo da guerra de todos contra todos, os homens se desfaziam da liberdade natural pela servidão civil ao Leviathan, o corpo soberano (uma assembléia ou um monarca), em troca da segurança que este lhes proveria. O monarca, segundo Hobbes, tinha a tarefa de assegurar a co-existência entre os seus súditos e o próprio Estado, pela punição exemplar daqueles que colocassem em risco essa relação. Assim, cometer qualquer ofensa, por menor que fosse, era um crime direto ao soberano, detentor do poder de punir, que era delegado aos carrascos.

Com a Revolução Francesa e o nascimento do movimento Iluminista, tais leis e procedimentos imbuídos de extrema violência e perversidade, aplicadas ao bel-prazer dos monarcas absolutos e dos que agiam em seu nome, foram duramente combatidos.

¹⁰ BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*. 1972. 2ª edição.

As correntes iluministas e humanitárias, das quais Voltaire, Montesquieu e Rousseau foram fiéis representantes, realizaram severas críticas sobre dos excessos imperantes na aplicação das penas. Para tais pensadores, as penas deveriam ser proporcionais ao crime, devendo-se levar em consideração, quando impostas, as circunstâncias pessoais do delinqüente, seu grau de malícia e, sobretudo, produzir a impressão de serem eficazes sobre o espírito do homem. Da mesma forma, deveria recair no Estado e, não mais no monarca absoluto, o poder de punir a ação ilícita.

Impõe destacar, desde logo, ante a abordagem dessa fase, a figura de Beccaria, a quem se tem atribuído a criação da idéia utilitarista e o movimento de renovação do Direito Penal da época, que deu origem à Escola Clássica, de que fizeram parte Carmignani, Carrara, Feuerbach, Filangieri, Pessina, Romagnosi, entre outros.

Conforme destaca Muniz Sodré¹¹, coube a Beccaria,

“ a honra inexcusável de haver sido o primeiro que se empenhara em uma luta ingente e famosa , que iniciara uma campanha inteligente e sistemática contra a maneira iníqua e desumana por que , naqueles tempos de opressão e barbaria, se tratavam os acusados, muitas vezes inocente e vítimas da ignorância e perversidade de seus julgadores. Ao seu espírito, altamente humanitário, repugnavam os crudelíssimos suplícios que se inventavam como meio de punição ou de mera investigação da verdade , em que , não raro, supostos criminosos passavam por todos os transe amargurados de um sofrimento atroz e horrorizante, em uma longa agonia, sem tréguas e lentamente assassina. Ele, nobre e marquês, ao invés de escutar as conveniências do egoísmo, de sufocar a consciência nos gozos tranqüilos de uma existência fidalga, em lugar de manter-se no fácil silêncio de um estéril e cômodo mutismo, na atmosfera da ociosa indiferença, ergueu a sua voz, fortalecida por um grande espírito saturado de idéias generosas, em defesa dos legítimos direitos do cidadãos, proclamando bem alto verdades filosóficas e princípios jurídicos até então desconhecidos ou, pelo menos, desrespeitados e repelidos

A mudança de posicionamento adotada a partir dos ideais Iluministas culminou com a transferência do poder de punir do soberano para o Estado.

¹¹ ARAGÃO, Antônio Muniz Sodré de. *As três escolas penais*, p. 35

Investigando a origem do direito de punir do Estado, três correntes básicas se formaram a respeito de sua natureza e das finalidades da pena, a saber:

I. As Teorias absolutas (de retribuição ou retribucionistas): que tem como fundamento da sanção penal a exigência da Justiça: pune-se o agente porque cometeu o crime. A pena é uma retribuição ao cometimento do crime. Será um mal justo posto ao mal injusto do crime. É a retribuição justa do mal injusto. É a pena quem restabelece a ordem jurídica lesada pelo crime. Não possui ela nenhum fim utilitário, para os adeptos desta teoria, que tem expoentes como o filósofo Kant, Hegel, Bekker, Stahl, etc. Sem sucesso, procuravam eles não confundir esta retribuição com castigo, ora atribuindo-a um caráter divino (Bekker e Stahl), ora moral (Kant), ora jurídico (Hegel e Pessina). A teoria vingou na Escola Clássica, porém, a ausência de preocupação com a pessoa do infrator, foi o ponto fraco da referida Escola, que a tornou vulnerável às críticas mais sérias.

II. As teorias relativas (utilitárias ou utilitaristas) : o crime não é a causa da pena, mas a ocasião para ser aplicada. À pena era dado um fim exclusivamente prático, em especial o da prevenção. Era uma intimidação para todos, ao ser cominada abstratamente, e para o criminoso, ao ser imposta no caso concreto. Sendo o Estado a convivência humana de acordo com o Direito e sendo o crime a violação do Direito, o Estado deve impedi-lo através da coação psíquica (intimidação) ou física (segregação), já dizia o precursor do Positivismo, Feuerbach. Como ele, Romagnosi, Jeremias Bentham e Beccaria advogavam que a pena só poderia ser aplicada em razão de sua utilidade. Diziam que a pena é um mal tanto para o indivíduo, que a ela é submetido, quanto para a sociedade, que se vê privada de um elemento que lhe pertence, mas se justifica pela sua utilidade. A finalidade da pena seria, assim, a prevenção geral, quando intimida todos os

componentes da sociedade, e a prevenção especial, ao impedir que o delinqüente pratique novos crimes, corrigindo-o. Garófalo, acrescentando, acentuava que o fim da pena deveria ser a readaptação do criminoso ao convívio social. A sanção seria um meio de defesa social adaptado à personalidade do delinqüente. Romagnosi chegou a sustentar não ser necessária a punição quando se tivesse a certeza moral de que o delinqüente não reincidiria.

III. **As teorias mistas (eccléticas)** : são marcadas pelo endereço retributivo, sendo a pena, concomitantemente, um meio de educação e de correção. O caráter intimidatório é característica conjuntural. Essas teorias fundem as duas correntes anteriores, sendo o apelo das legislações e posições dogmáticas modernas. A pena, por sua natureza, é retributiva, tem seu aspecto moral, mas sua finalidade é não só a prevenção, mas também um misto de educação e correção. Objetiva a pena transformar o criminoso em um “novo homem”, respeitador da ordem social e da lei, de sorte que a eficácia da pena está em relação direta com a estatística da reincidência. Tal posição é a adotada pelo Estado Brasileiro.

De acordo com Frederico Marques¹², o direito de punir é “*o direito que tem o Estado de aplicar a pena cominada no preceito secundário da norma penal incriminadora, contra quem praticou a ação ou omissão descrita no preceito primário causando um dano ou lesão jurídica, de maneira reprovável*”.

Portanto, quando alguém desobedece a norma “É proibido matar” deverá ser submetido a uma pena de reclusão que varia entre 6 e 30 anos, dependendo das circunstâncias do crime. Este é o preceito secundário da norma penal. O preceito primário dá ao Estado o **direito de punir (*jus puniendi*)** o

¹² MARQUES, José Frederico. Elementos de Direito Processual Penal. Volume 1, pp. 3-5.

infrator da norma mediante a aplicação do preceito secundário. “*No momento em que é cometida uma infração, esse poder, até então genérico, concretiza-se, transformando-se numa pretensão individualizada, dirigida especificamente contra o transgressor*”¹³.

Apesar da expressão já estar consagrada na doutrina e na jurisprudência, não é exato dizer que o Estado tem o direito de punir o infrator, mas um poder-dever de exercitar essa punição, pois a própria Constituição Federal, em seu art. 144, coloca que a segurança pública é dever do Estado e direito e responsabilidade de todos, devendo, obrigatoriamente, um Estado que procura ser garantidor dos direitos daqueles que habitam seu território, encontrar limites em seu direito de punir.

1.1. A HISTÓRIA DAS PENAS NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Três foram as ordenações que vigoraram no Brasil até o advento do primeiro Código Penal no império: Alfonsinas (1500), Manuelinas (1514) e Filipinas (1603). Estes regramentos mantiveram o mesmo padrão da idade média, recheados de penas cruéis, castigos corporais e completa onipresença do julgador sobre o condenado, tendo a privação de liberdade o mesmo caráter de outrora, ou seja, uma prisão cautelar como garantia para a futura pena, a ser decidida pelo governante ou quem este instituía para tanto.

Inobstante a existência, estas normas serviam apenas como referência, pois a colônia, estando distante do controle do rei, valia-se de seus próprios ocupantes para aplicação do que se denominava justiça. Os

¹³ CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal, 2003, p.2

governantes indicados pelo monarca exerciam amplos poderes na gestão e distribuição das leis.

O Código Penal do império de 1830 efetuou uma leve redução nas penas cruéis, na esteira dos movimentos iluministas, mantendo, porém, muitas outras de igual característica. Estavam no código, por exemplo, as penas de morte, galés, banimento, degredo e açoites. Este código introduziu no Brasil, através do art. 63, o sistema de margens penais (pena mínima e pena máxima) vigorando para a dosimetria os graus preestabelecidos: mínimo, médio e máximo.

O Código Penal da República (1890) desapareceu com as penas cruéis e incluiu os graus sub-médio e sub-máximo. Prosseguiu, portanto, a tentativa de positivação na fixação da medida da pena, iniciada no código do império.

O aplicador da lei deveria obedecer às regras que lhe entregavam a pena a ser aplicada: valor mínimo quando não existiam agravantes mais existiam atenuantes; valor máximo quando existiam agravantes mais não existiam atenuantes; média aritmética entre mínimo e máximo quando não existiam nem agravantes nem atenuantes ou mesmo se esses se compensavam; média aritmética entre o valor médio e o valor máximo, denominado de sub-máximo, quando existiam agravantes e atenuantes, com prevalência das primeiras; média aritmética entre o valor mínimo e o valor médio, denominado de sub-médio, quando as atenuantes prevaleciam sobre as agravantes.

Além do desprezo completo pela particularidade do caso e do infrator, o método utilizado levava a penas absurdas, de até frações de horas, retirando do magistrado qualquer influência na adequação da pena.

Segundo Pedro Vergara¹⁴, não era o juiz que graduava a pena; também não era o criminoso que servia de objeto a essa graduação; a bem dizer nem era o crime, in concreto que oferecia as condições dessas dosagens; a soberania do direito penal, na sua adequação prática, que é arte da aplicação da pena, era exercida, firme e hieraticamente, por esta deusa da medida: a aritmética.

O Código Penal da República foi substituído pela Consolidação das leis penais de Vicente Piragibe de 1932, cujo artigo 62 repetiu o mesmo texto do artigo 62 do Código Penal de 1890. A consolidação, entretanto, foi logo substituída pelo Código Penal de 1940, que aplicou uma individualização da pena em grau mais elevado, já bem próxima da redação atual do art. 59 do Código Penal:

Art. 42. Compete ao juiz, atendendo aos antecedentes e à personalidade do agente, à intensidade do dolo ou grau da culpa, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime.

Na fórmula atual para delimitação da pena privativa de liberdade, é de se destacar a terminologia pena-base, prevista no art. 59 do Código Penal. A nomenclatura pena-base foi introduzida em nossa legislação pelo Código Penal de 1969, que sequer entrou em vigência, embora a denominação criada perdure até hoje:

Art. 63. “A pena que tenha de ser aumentada ou diminuída, de quantidade fixa ou dentro de determinados limites, é a que o juiz aplicaria se não existisse a circunstância ou causa que importe o aumento ou a diminuição. (pena base).”

¹⁴ VERGARA, Pedro. Das penas principais e sua aplicação. RJ. Livraria Boffoni editora, 1948, páginas 249 apud BOSHI, José Antonio Paganella, ob cit, p 171

Apenas para registro, a definição vernacular original é “pena base”(sem hífen). Consagrou-se, contudo, a adoção do nome composto.

2. SENTENÇA PENAL

2.1. NATUREZA JURÍDICA, CLASSIFICAÇÃO E REQUISITOS:

Concentrando o Estado o *jus puniendi*, basta haver uma relação jurídica processual e respectiva litispendência, entendidas ambas como representativas de um processo na plenitude de seus efeitos, para que nasça, para o Estado-Juiz, o poder-dever de prestar a tutela jurídica.

É através da sentença que se consuma essa função jurisdicional, aplicando-se a lei ao caso concreto controvertido, com a finalidade de extinguir juridicamente a controvérsia.

Fernando Capez¹⁵ nos conceitua a sentença da seguinte maneira:

“a sentença é uma manifestação intelectual, lógica e formal emitida pelo Estado, por meio de seus órgãos jurisdicionais, com a finalidade de encerrar um conflito de interesses, qualificado por uma pretensão resistida, mediante a aplicação do ordenamento legal ao caso concreto”.

A doutrina pátria nos apresenta vários sistemas de classificação dos tipos de sentença. Façamos uso da mais utilizada, que as divide entre as que apresentam sentido amplo ou sentido estrito.

No sentido amplo têm caráter de decisões, podendo ser:

I. **Interlocutórias Simples:** quando solucionam questões relativas à regularidade ou marcha processual, sem penetrar no mérito da causa;

II. **Interlocutórias Mistas:** quando encerram uma etapa do procedimento processual ou a própria relação do processo, sem o julgamento do mérito da causa. Subdivide-se em *interlocutórias mistas não-terminativas*, quando encerram uma etapa procedimental e *interlocutórias mistas terminativas*, que culmina com a extinção do processo sem a solução da lide.

¹⁵ CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. 2003, p 367

No sentido estrito, ou sentido próprio, é a decisão definitiva que o juiz profere solucionando a causa. Podem ser *condenatórias*, *absolutórias* ou *terminativas de mérito*.

I. **Condenatórias**: são aquelas que julgam procedente, total ou parcialmente, a pretensão punitiva;

II. **Absolutórias** : são aquelas que não acolhem o pedido de condenação. Nesse caso subdividem-se em *próprias*, quando não acolhem a pretensão, não impondo qualquer sanção ao acusado ou *impróprias*, quando não acolhem a pretensão punitiva, mas reconhecem a prática da infração penal e impõem medida de segurança.

III. **Terminativas de Mérito**: julgam o mérito, mas não condenam nem absolvem o acusado. (Ex: sentença de declaração de extinção da punibilidade)

Independente da classificação, para que a sentença tenha existência como pronunciamento da vontade emitida pelo Juiz, deve a mesma ser formulada de modo a respeitar os requisitos formais estabelecidos pela lei no art. 381, incisos I a VI, do Código de Processo Penal, sendo os mesmos “*parte intrínseca da sentença*”, nas palavras de Hélio Tornaghi¹⁶.

Eis a transcrição, *in verbis*, do citado artigo:

Art. 381. A sentença conterá:

I. os nomes das partes ou, quando não possível, as indicações necessárias para identifica-las;

II. a exposição sucinta da acusação e da defesa;

III. a indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão;

IV. a indicação dos artigos de lei aplicados

V. o dispositivo

VI. a data e assinatura do juiz

Passamos, pois, a fazer uma breve explanação sobre cada um desses requisitos e como os mesmos devem ser aferidos quando da elaboração da sentença.

¹⁶ TORNAGHI, Hélio. *Curso de Processo Penal*, 1989, v..2, p.154

I. **Relatório (ou exposição ou histórico):** exige-se um histórico com o resumo da marcha do processo e seus incidentes mais importantes. Menciona o dispositivo, em primeiro lugar, “*o nome das partes ou, quando não possível, as indicações necessárias para identifica-las*”. Não havendo a identificação daqueles aos quais a pretensão a lide pretende atender, a sentença é nula. Deve, ainda, constar da sentença “*a exposição sucinta da acusação e da defesa*”, em que se inclui, evidentemente, a pretensão de cada uma delas, da qual fazem parte, inclusive, as preliminares. Não é necessário que toda a manifestação seja transcrita mas, sim, os fatos necessários para que não haja prejuízo de entendimento. Eis como a jurisprudência pátria se posiciona quanto a matéria:

II. **Motivação:** Referindo-se à motivação ou fundamentação, determina o dispositivo que exponha o Juiz o desenvolvimento de seu raciocínio para chegar à conclusão, ou seja, que forneça as razões de fato e de direito que o levam à decisão a fim de que as partes disponham de elementos para saber contra o que devem argumentar em eventual recurso. Embora fundado no “livre convencimento” impõe-se que o juiz demonstre sua convicção mediante a análise da prova constante dos autos. O art. 93, inciso IX da Constituição Federal demonstra a necessidade de fundamentação dos julgamentos proferidos pelos órgãos do Poder Judiciário, senão vejamos:

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

[...]

IX. todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em caso nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

É uma garantia não só para as partes quanto para o Estado, pois a ele interessa que sua vontade superior seja exatamente aplicada e se administre corretamente a justiça. A fundamentação abrange tanto as matérias jurídicas como as de fato, devendo o juiz examiná-la em todas as circunstâncias juridicamente relevantes. Não basta, pois, adotar como razões de decidir a alegação do Ministério Público, do querelante ou da defesa. Pode, porém, ser sucinta, desde que atenda os requisitos legais.

STJ: “I – O princípio do livre convencimento exige fundamentação concreta, vinculada, do ato decisório. A sentença lacônica, genérica, não preenche as exigências constitucionais e infraconstitucionais (arts. 93, inciso IX, 2ª parte, da Carta Magna e 157, 381 e 387 do CPP). Não se pode confundir livre convencimento com convicção íntima (precedentes)” (EJSTJ 28/241).

III. Conclusão (ou parte dispositiva): é a decisão propriamente dita, na qual o juiz julga o acusado em decorrência do raciocínio lógico desenvolvido durante a motivação em que “dispõe” no processo, indicando os artigos da lei aplicados e os dispositivos. A falta de indicação dos artigos da lei na sentença constitui nulidade insanável, nos termos do art. 564, II, letra m e IV do CPP, embora já se tenha entendido que não existe a eiva se a omissão é suprida por outros elementos.

Ressalta-se, ainda, que quando a parte dispositiva contraria as razões invocadas na fundamentação, a sentença ou é nula ou sujeita a embargo de declaração. Alguns autores italianos denominam-na “sentença suicida”.

Ainda sobre a parte dispositiva da sentença, cabe invocação ao princípio da correlação, garantidor do direito de defesa do acusado. Tal princípio afirma estar a sentença limitada apenas à narrativa feita na peça inaugural, não podendo o juiz julgá-lo *extra petita*, *ultra petita* ou *citra petita* sob pena de

nulidade da sentença. O que importa são os fatos, por ser de fatos que o réu se defende. A tipificação jurídica constante na denúncia ou queixa é irrelevante, uma vez que se vigora no processo penal o princípio do *jura novit cúria* (princípio da livre dicção do direito) pelo qual entende-se que o juiz conhece o direito, chancelando-se o princípio *narra mihi factum dabo tibi jus* (narra-me o fato e te darei o direito). Portanto encontra-se o magistrado livre para tipificar os fatos descritos na inicial da maneira que acreditar ser a mais coerente com o ordenamento penal. A essa adequação da narrativa acusatória aos dispositivos penais dá-se o nome de *emendatio libelli*, estando prevista no art 383 do CPP, senão vejamos entendimento do Supremo Tribunal Federal:

Hipótese totalmente diferente é a da *mutatio libelli*. Caso durante a instrução do processo colham-se provas de que existem elementos essenciais de tipo penal (a lei denomina de “circunstancias elementares”) que não estão contidos, expressa ou implicitamente, na denúncia, de modo que a sentença não pode ser proferida de imediato, deve o juiz baixar o processo a fim de que a defesa, no prazo de oito dias, produza provas, podendo arrolar até três testemunhas. A *mutatio libelli* acarretará a nulidade da sentença se não for obedecido o artigo, pois tem o acusado o direito de saber qual a nova imputação.

IV. Assinatura do Juiz: A sentença se encerra com a data e a assinatura do Juiz, que lhe dá autenticidade. A sentença, porém, pode ser proferida oralmente pelo Juiz, podendo ser registrada pelo ditado ou por estenotipia. Nesta hipótese, somente passa a ter valor no momento em que, conferida e revisada, é assinada pelo Juiz.

2.2. DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

Segundo o art. 382 do Código de Processo Penal, “ *qualquer das partes poderá, no prazo de 2 (dois) dias, pedir ao juiz que declare a sentença, sempre que nela houver obscuridade, ambigüidade, contradição e omissão*”.

Para que dúvidas não restem quanto a possibilidade de interposição dos embargos de declaração, havemos por bem definir cada um dos requisitos citados pelo artigo 382 do dispositivo processual penal brasileiro:

I - obscuridade: falta de clareza na redação da sentença;

II- ambigüidade: quando a decisão permite duas ou mais interpretações em qualquer ponto do texto.

III- contradição: quando conceitos e afirmações da decisão colidem entre si.

IV- omissão: quando se furta a apresentar o que era indispensável para sua validade.

2.3 SENTENÇA ABSOLUTÓRIA

O Código de Processo Penal, em seu art. 386, elenca as hipóteses de absolvição.

Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça:

I – estar provada a inexistência do fato;

II – não haver prova da existência do fato;

III – não constituir o fato infração penal;

IV – não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal;

V – existir circunstância que exclua o crime ou isente o réu de pena (arts. 17,18,19,22 e 24, § 1º, do Código Penal);

VI – não existir prova suficiente para a condenação.

Parágrafo único. Na sentença absolutória, o juiz:

I – mandará, se for o caso, pôr o réu em liberdade;

II – ordenará a cessação das penas acessórias provisoriamente aplicadas;

III – aplicará medida de segurança, se cabível.

O juiz, firmando sua convicção de acordo com a livre apreciação das provas (art. 157 do CPP), deve julgar improcedente a ação, absolvendo o acusado quando ocorre uma das hipóteses mencionadas no dispositivo.

A primeira das hipóteses é “estar provada a inexistência do fato”. Possui importante repercussão na esfera civil, na medida em que impossibilita o ajuizamento da ação civil *ex delicto* para reparação do dano, conforme ciência do art. 66 do Código de Processo Civil.

Não havendo provas da existência do fato, tem lugar a absolvição. Neste caso, embora indícios tenham sustentado a instauração da ação penal, não restou comprovada sua materialidade.

Deve ser ainda absolvido o acusado quando “não constituir o fato infração penal”. Havendo indícios que levem a garantia da ocorrência do fato, mas não estando esse fato submetido a qualquer tipificado tipificação penal, impõe-se a absolvição.

Também se dá a absolvição quando “não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal”. Inexistente a prova de que o réu tenha dado causa ao resultado por autoria, co-autoria ou participação, absolve-se o acusado. A absolvição, porém, não impede o Ministério Público de oferecer denúncia por fatos apurados no processo e que não tenham sido objeto da imputação e sentença, assim como a imputação do crime a outra pessoa.

Dispõe, ainda, a lei, que deve ser absolvido o acusado quando “existir circunstância que exclua o crime ou isente o réu de pena (arts. 17, 18, 19, 22 e 24, § 1º, do Código Penal)”, referindo-se às causas excludente de ilicitude e às causas excludentes de culpabilidade (dirimentes).

Por último, deve ser absolvido o réu se não existir prova suficiente para a condenação. Refere-se a lei genericamente aos casos em que, excluídas todas as hipóteses anteriores, não pode ser a ação julgada procedente por falta de provas indispensáveis à condenação. É cabível quando restar dúvidas sobre a existência de uma causa excludente da ilicitude ou culpabilidade alegadas e que, embora não comprovadas, levam a absolvição pelo princípio do *in dubio pro réu*.

Proferida a sentença absolutória, deve o juiz mandar pôr o réu imediatamente em liberdade, excetuado a hipótese do art. 411 ou no caso de encontrar-se preso por outro motivo. Em caso de absolvição com fundamento no art. 26, *caput*, do CP, o juiz deve aplicar a medida de segurança conforme o disposto no estatuto repressivo (art. 97) . Nesse sentido, a súmula 442 do STF : “ *a absolvição criminal não prejudica a medida de segurança, quando couber, ainda que importe a privação de liberdade*”. A medida de segurança, entretanto, só pode ser executada após o trânsito em julgado da sentença e expedição da guia pela autoridade judiciária, sendo inadmissível sua aplicação provisória.

Transitada em julgado a sentença absolutória, não mais devem constar na folha de antecedentes criminais e certidões cartoriais as anotações a respeito do inquérito policial e ação penal que lhe deu início.

2.4. SENTENÇA CONDENATÓRIA.

A sentença condenatória é a que nos importará, a partir daqui, no desenvolvimento deste trabalho, posto pretendermos explicar sobre a fixação da pena-base, só existindo pena a ser decretada pelo juiz, logicamente, nos casos de condenação.

Antes de iniciar este breve relato sobre a sentença do tipo condenatória, vejamos o que reza o art. 387 do Código de Processo Penal, *in verbis*:

Art. 387. O juiz, ao proferir sentença condenatória:

I – mencionará as circunstâncias agravantes ou atenuantes definidas no código penal, e cuja existência conhecer;

II - mencionará as outras circunstâncias apuradas e tudo mais que deva ser levado em conta na aplicação da pena, de acordo com o dispositivo nos arts. 42 e 43 do Código Penal;

III – aplicará as penas, de acordo com essas conclusões, fixando a quantidade das principais e, se for o caso, a duração das acessórias.

IV – declarará, se presente, a periculosidade real e imporá as medidas de segurança que no caso couberem;

V – atenderá, quanto à aplicação provisória de interdição de direitos e medidas de segurança, ao disposto no Título XI deste livro;

VI – determinará se a sentença deverá ser publicada na íntegra ou em resumo e designará o jornal em que será feita a publicação (art. 73, § 1º, do Código Penal) (**Código de Processo Penal**)

* Obs: O inciso III está revogado em sua parte final. Os incisos IV, V e VI estão totalmente revogados.

Ao condenar o acusado, eventualmente após a aplicação do art. 384 do CPP, o juiz, além de obedecer aos requisitos formais referentes à exposição e motivação (art. 381), deve observar o princípio da correlação, pois lhe é vedado ir além da imputação, que é regulada não pela capitulação legal que lhe dá a acusação, mas pelos fatos narrados.

Assim procedendo, estará se observando o princípio da individualização da pena, garantido constitucionalmente pelo art. 5º, XLVI, da CF. Deve, pois, o juiz, fundamentar a aplicação da pena não só quanto à gravidade do crime, mas também com relação às circunstâncias reais e pessoais do réu.

Ao fixar a pena, deve o magistrado mencionar as circunstâncias apuradas reconhecidas por ele, atenuantes e agravantes, incluindo-se nestas as qualificadoras, além das circunstâncias judiciais (referidas nos arts. 59 e 60 do Código Penal), bem como as causas de aumento e diminuição de pena previstas pela Parte Geral e Parte Especial do CPB. Deve fazê-lo, no entanto, uma a uma,

sem desprezitar a ordem tríplice para o cálculo da pena estabelecida pelo art. 68 do Código Penal, sob pena de nulidade.

STF: Apenação. Critério Trifásico. Atendimento. O critério trifásico. Atendimento. O critério trifásico mostra-se atendido quando o provimento judicial consigna a pena-base considerada a regra do art. 59 do Código Penal, aludindo-se à fixação em 01 ano acima do mínimo em face da má personalidade do réu e à condição de reincidência, registrando-se, a seguir, o acréscimo decorrente da qualificadora (art. 157, §2º, inciso II, do Código Penal) e o alusivo à causa especial de aumento de pena (art. 51, §1º, do referido Código) – na redação primitiva, ou seja, anterior à reforma de 1984”. (**JSTF 158/334**)

Uma vez proferida, a sentença condenatória gera efeitos, previstos no código de processo penal, quais sejam: certeza da obrigação de reparar o dano resultante da infração, perda de instrumentos ou de produtos do crime, efeitos previstos no art. 92 do CPB, prisão do réu, lançamento do nome no rol dos culpados.

Além desses efeitos, previstos no código de processo penal, a condenação, em termos constitucionais, impede a naturalização (art. 12, II, b, da CF), suspende os direitos políticos enquanto durarem seus efeitos (art. 15, III, CF) e submete o oficial condenado a pena privativa de liberdade superior a dois anos a julgamento de indignidade do oficialato ou incompatibilidade (art. 42, § 8º, CF)

Porém, para que produza tais efeitos com relação às partes e terceiros é necessário que a sentença seja publicada, conforme descrito no art. 389, 1ª parte, do CPP. A publicação da sentença dá-se a partir do seu recebimento em cartório e, não, do ato da assinatura. É obrigatória mesmo nos atos de segredo judicial.

Com a publicação, esgota-se a possibilidade de ação do juiz na sentença, não podendo mais o mesmo altera-la. A sentença torna-se irretroatável. Quanto aos erros materiais, porém, a legislação é omissa, sendo aceito que a qualquer tempo se proceda à correção.

Não se pode deixar de verificar, ainda, a intimação da sentença às partes. Ao réu, deverá ser feita pessoalmente, esteja solto ou preso, por adoção do princípio da ampla defesa, bem como ao seu defensor, fluindo o prazo recursal a partir da última intimação efetuada.

Ao processo de fixação da pena nas sentenças condenatórias vamos dedicar o capítulo seguinte, por ser o mesmo, de extrema importância para o tema que se pretende desenvolver.

3. DOSIMETRIA PENAL

3.1. FIXAÇÃO DA PENA.

Após a instauração do processo penal, concluindo o Juiz, ao seu final, que o acusado praticou fato típico, ilícito e culpável, deverá prolatar sentença condenatória submetendo-o pena criminal, devendo esta pena ser a necessária e suficiente à reprovação e prevenção do crime.

A aplicação da pena não é tarefa fácil, nem simples, e constitui a mais importante das fases da individualização da pena, garantia constitucional de todo cidadão, segundo a qual a reprimenda penal deve ser particularizada, adaptada ao condenado, conforme suas características pessoais e as do fato praticado.

A primeira regra fundamental na fixação de uma pena é: para cada réu uma análise; para cada crime uma análise. Porém, nem sempre o processo de dosimetria penal atendeu aos critérios persecutórios da individualização da pena.

Como vimos no capítulo primeiro deste trabalho, na Idade Média o arbítrio judicial, imposto por exigências políticas da tirania, não estabelecia limites para a determinação da sanção penal. Se outra fosse a natureza humana, talvez esse fosse o sistema mais conforme à idéia retribucionista, isto é, à justa e rigorosa adequação da pena ao crime e ao delinqüente. Contudo, esse arbítrio judicial tornou-se um dos maiores males do Direito Penal anterior ao Iluminismo devido ao excessivo poder dos juízes, exercido arbitrariamente, em detrimento da Justiça e a serviço da tirania medieval.

Esse poder de julgar excessivamente concentrado constituiu um dos maiores fundamentos do movimento promovido por Cesare Beccaria visando a reforma do Direito punitivo. E a reação mais eficaz contra aqueles extremos seria,

naturalmente, a limitação do arbítrio judicial, com a definição precisa do crime e um sistema rígido de penas fixas. Na concepção de Beccaria, seguindo de Montesquieu, ao juiz não deveria sequer ser admitido interpretar a lei, mas apenas aplicá-la em seus estritos termos. Assim, a um sistema largamente aberto na dosagem da pena sucedeu um sistema de pena rigorosamente determinado, consubstanciado no Código penal Francês de 1791.

Segundo esse novo sistema proposto, a função do Juiz limita-se à aplicação mecânica do texto legal. Mas logo se percebeu que, se a indeterminação absoluta não era conveniente, também a absoluta indeterminação não era menos inconveniente¹⁷. Se a pena absolutamente indeterminada deixava demasiado arbítrio ao julgador, com sérios prejuízos aos direitos fundamentais do indivíduo, igualmente a pena absolutamente determinada impediria o seu ajustamento, pelo juiz, ao fato e ao agente, diante da realidade concreta.

Essa constatação determinou a evolução para uma indeterminação relativa: nem determinação absoluta, nem absoluta indeterminação. Finalmente abriu-se um grande crédito à livre dosagem da pena, pelo juiz, estabelecendo o código penal francês de 1810 limites máximos e mínimos dentre os quais pode variar a mensuração da pena. Essa concepção foi o ponto de partida para as legislações modernas, fixando os limites dentre os quais o juiz deve – pelo princípio do livre convencimento – estabelecer fundamentadamente a pena aplicável ao caso concreto.

No Brasil, verificamos, de início, um sistema de penas dosimetricamente preestabelecidas, com os respectivos graus fixados previamente na lei. No código de 1940, porém, instituiu-se um critério em que o juiz exerce

¹⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal – Parte Geral*. 2002, p.549

relativo arbítrio na fixação da pena, dosando-a de acordo com diversas circunstâncias entre um mínimo e um máximo cominados abstratamente para cada delito. Tal sistema, mais acertado, possibilita ao julgador a faculdade controlada de escolher a sanção mais adequada ao delinqüente sem esquecer a gravidade objetiva do crime ou suas conseqüências particulares. Esse critério tem por base o estabelecimento de determinadas circunstâncias – dados objetivos ou subjetivos que fazem parte do fato natural agravando ou diminuindo o crime sem modificá-lhe a essência .

Na dosimetria penal brasileira hodierna verificamos a observação de três fases no cálculo penal. É o chamado critério trifásico acolhido pela reforma penal de 1984 no art. 68 do Código Penal Brasileiro.

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 aumento. Parágrafo único. No concurso de causas de aumento e diminuição previstos 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.

O novo sistema adotado pelo legislador foi preconizado por Nelson Hungria¹⁸, que mesmo antes da reforma do Código Penal defendia a instituição do sistema trifásico para aplicação da pena, apontando em sua obra:

“(...) em face de todos esses elementos, unitariamente apreciados, é que o juiz terá de fixar o quantum da pena-base, abstraídas as agravantes ou atenuantes, e as causas de especial aumento ou diminuição (...). Fixada a pena-base, sobre esta, a seguir, terá de versar o aumento ou diminuição decorrentes das agravantes ou atenuantes, se houver, respeitados o mínimo e máximo da pena cominada ao crime. Se ainda ocorre alguma causa de especial aumento e diminuição, versará esta ou aquela sobre o quantum precedentemente fixado. O primeiro cálculo (isto é, o cálculo discricional, na conformidade do artigo 42) é feito tendo –se em vista, necessariamente, a pena in abstrato; mas cada aumento ou diminuição subsequente se fará sobre o quantum anteriormente concretizado.”

¹⁸ HUNGRIA, Nelson,. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro, Forense. 1981, p. 476-477. vol. V.

Seguindo esta linha de raciocínio, a Exposição de Motivos do citado *codex* justifica e anuncia a mudança:

“Decorridos quarenta anos da entrada em vigor do Código Penal remanescem as divergências suscitadas sobre claramente pelo critério das três fases, predominante na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Fixa-se inicialmente, a pena-base, obedecido o disposto no artigo 59; consideram-se, em seguida, as circunstâncias atenuantes e agravantes; incorporam-se ao cálculo, finalmente, as causas de diminuição e aumento. Tal critério permite o completo conhecimento da operação realizada pelo juiz e a exata determinação dos elementos incorporados a dosimetria. Discriminado, por exemplo, em primeira instância, o quantum da majoração decorrente de uma agravante, o recurso poderá ferir com precisão esta parte da sentença, permitindo às instâncias superiores a correção de equívocos hoje sepultados no processo mental do juiz. Alcança-se, pelo critério, a plenitude de garantia constitucional da ampla defesa.”

Obedecendo a norma constitucional que obriga a lei a regular a individualização da pena, o artigo estabelece um sistema de cálculo penal considerando todas as circunstâncias pessoais e objetivas que cercam o autor e o fato praticado.

O princípio diretor da aplicação da pena nas três fases é o seguinte: o juiz estabelecerá, conforme seja *necessário e suficiente*, para a *reprovação e prevenção* do crime, as penas aplicáveis, entre as cominadas, e sua quantidade dentro dos limites previstos. Daí decorre duas regras: (a) a pena, em qualidade e quantidade, deve ser fixada com a finalidade de tão somente reprovar e prevenir o crime e (b) deve ser estabelecida dentro dos limites da necessidade e da suficiência para o alcance daquela finalidade.

Essas duas bases devem orientar o Juiz em toda a sua atividade de aplicar a pena e, nesse primeiro momento de fixação da pena-base, deve presidir sua opção pela pena a ser aplicada e por sua quantidade. Delas decorrem algumas observações importantes: o juiz não pode aplicar a pena sem os objetivos de reprovar e prevenir o crime; se a necessidade de reprovação for grande, a pena

deverá ser igualmente, mais severa; o juiz não pode fixar a pena em quantidade além da necessária, nem mais que suficiente para a reprovação.

O primeiro passo a ser dado é o da fixação da pena-base, devendo o juiz fazê-lo observando minudentemente as circunstâncias judiciais estabelecidas no art. 59, *caput*, do Código Penal.

Art. 59. O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, á 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:

Cada uma dessas circunstâncias judiciais deve ser analisada e valorada individualmente não podendo o juiz, simplesmente, se referir a elas de forma genérica, quando da determinação da pena-base, sob pena de se macular o ato decisório, uma vez que tanto o réu quanto o Ministério Público devem entender os motivos pelos a pena-base foi fixada em tal proporção. A satisfação da necessidade de fundamentação da decisão se faz urgente, principalmente, no caso do juiz fixar a pena-base acima do mínimo legal, sendo os esclarecimentos do magistrados indispensáveis para o réu poder basear um possível recurso atacando a decisão.

Sobre essas circunstâncias que devem ser obrigatoriamente valorados para correta aferição da pena-base atendendo, assim, num primeiro e mais importante momento ao princípio de individualização da pena, dedicaremos um capítulo especial, motivo pelo qual nos concedemos o direito de fazê-lo, nesta oportunidade, de maneira geral.

A primeira circunstancia é a “culpabilidade” do agente, tida na reforma penal como o fundamento e a medida da responsabilidade penal. Um dolo mais intenso ou uma culpa mais grave são índices preciosos de que a conduta é

mais censurável. Além disso, a utilização da palavra “culpabilidade”, que tem caráter de juízo de reprovação, deve levar o julgador a atentar para as circunstâncias pessoais e fáticas no contexto em que se realizou a ação, conduzindo-o a uma análise da consciência ou do potencial conhecimento do ilícito e, em especial, da exigibilidade de conduta diversa, como parâmetros do justo grau de censura atribuível ao autor do crime. Deve o Juiz buscar, assim, a medida da justa reprovação em uma diagnose embebida de significado valorativo.

Impõe observar, também, os antecedentes, bons ou maus, do agente, verificando sua vida pregressa com base no que constar no inquérito policial e na instrução judicial. Tem o objetivo de apurar se o agente é contumaz na prática delituosa ou se o caso em questão não passou de um fato isolado.

A terceira circunstancia citada é a “conduta social”, ou seja, o papel que desempenha junto à comunidade, tais como suas atividades relativas ao trabalho, vida familiar, educacional, etc.

Quanto à “personalidade”, registram-se suas qualidades morais, a boa ou má índole, o sentido moral do criminoso, bem como sua agressividade e o antagonismo com a ordem social intrínsecos a seu temperamento.

Os “motivos do crime” realçam a necessidade de efetuar um perfil psíquico do delinqüente e da causação do crime para uma correta imposição de pena.

A referência às “circunstancias e conseqüências” do crime é de caráter geral, incluindo nelas as de caráter objetivo ou subjetivo não inscritas em dispositivos específicos. As primeiras podem referir-se a duração do tempo do delito, ao local do crime, à atitude durante ou após a atividade criminosa, etc. As

demais referem-se à gravidade maior ou menor do dano causado pelo crime, inclusive aquelas derivadas indiretamente do delito.

Por fim, temos a análise do “comportamento da vítima”, posto no fato criminógeno, muitas vezes, constituir provocação ou estímulo à conduta criminosa.

Após fixar a pena-base, passa o julgador ao exame das circunstâncias legais, isto é, das atenuantes e agravantes, aumentando e diminuindo a pena em certa quantidade.

Nessa segunda operação deve-se analisar somente as circunstâncias legais genéricas, enfatizando-se as preponderantes, quando concorrem agravantes e atenuantes.

Objeto de muita discussão tem sido a possibilidade de se reduzir a pena-base aquém do mínimo ou de aumentá-la além do máximo nesse segundo momento de fixação da pena. O STJ, por intermédio da súmula nº 231, expressou o seu posicionamento no sentido de que *“a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”*. Essa, infelizmente, tem sido a posição da maioria de nossos autores, que, numa interpretação *contra legis*, não permite a redução da pena-base, em virtude da existência de uma circunstância atenuante, se aquela tiver sido fixada em seu patamar mínimo.

Dissemos que tal interpretação é contrária à lei porque o art. 65 não excepciona a sua aplicação aos casos em que a pena-base tem sido fixada acima do mínimo legal. Pelo contrário. O mencionado artigo afirma categoricamente *“que são circunstâncias que sempre atenuam a pena”*. Por que razão utilizaria o legislador o advérbio *sempre* se fosse sua intenção deixar de aplicar a redução, em

virtude da existência de uma circunstancia atenuante, quando a pena-base fosse aplicada em seu grau mínimo?

O argumento de que o Juiz estaria legislando se reduzisse a pena aquém do mínimo ou aumentasse além do máximo não nos convence. Isso porque o art. 59 do Código Penal, que cuida da fixação da pena-base, é claro em nos dizer que o juiz deverá estabelecer a quantidade da pena aplicável nos limites previstos. O juiz jamais poderá fugir dos limites determinados pela lei de fixação da pena-base. Contudo, tal proibição não se estende às demais etapas previstas pelo art. 68 do Código penal.

A proibição de se reduzir a pena base do mínimo, ainda que se constate, *in concreto*, a presença de uma ou mais atenuantes, acabou gerando a censurável prática de se fixar a pena-base um pouco acima do limite inferior, ainda que este fosse o correto, somente para possibilitar a redução na segunda etapa e demonstrar ao réu que atenuante foi valorada, constituindo tal ato num verdadeiro estelionato judicial.

No que pese a posição majoritária, alguns louváveis acórdãos têm dissociado o seu entendimento daquele firmado pelo STJ. Encontramos, inclusive, repertório jurisprudencial do STJ divergente da própria súmula invocada, como no julgamento do Resp 151.837, da 6ª Turma, de Relatoria do então Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro – DJU 22.06.1998, p. 193. O Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, por sua vez, nos autos de Apelação Criminal, de Relatoria do eminente Luiz Pantaleão, prostrou-se no mesmo sentido (*RT 702/326*). E tal posicionamento, com efeito, tem sido consentâneo com aquele sedimentado por parte crescente da doutrina, cujos ícones de maior relevo são Luiz Flávio Gomes, o próprio Luiz

Vicente Cernicchiaro, Heloísa Estelita Salomão, James Tubenchlak, Nei Moura Teles, Paulo Queiroz, dentre outros.

Nada obstante, como bem ressalta PAULO QUEIROZ no artigo “*Pode o Juiz fixar a pena abaixo do mínimo legal?*”, publicado pelo IBCCRIM de março de 2002,

“o fundamental é fixar, sempre, uma pena justa para o caso, proporcional ao delito, conforme as múltiplas variáveis que o envolve (art. 59) ainda que para tanto, tenha o juiz de fixá-la aquém do mínimo legal. É legítima, pois, a aplicação de pena abaixo do mínimo legal. Entender o contrário é adotar uma postura anti-garantista”.

Por fim, quando houver concurso entre agravantes e atenuantes, a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes, entendendo-se como tais as que resultam dos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da reincidência. (art. 67 do Código Penal).

O terceiro e último momento de aplicação da pena diz respeito às causas de diminuição e aumento. Vale, nessa oportunidade, diferenciar circunstâncias agravantes e atenuantes de causas de aumento e diminuição de pena. Tal distinção é de suma importância, pois que, como vimos, quando da aplicação da pena, são aferidas em momentos distintos. A diferença fundamental reside no fato de que atenuantes e agravantes são elencadas pela parte geral do código penal e seu quantum de redução e aumento não vem predeterminado em lei, devendo o juiz, atento ao princípio da razoabilidade, fixá-lo no caso concreto. As causas de diminuição e aumento, no entanto, podem vir previstas tanto na parte geral quanto na parte especial do código penal, sendo fornecido, sempre, seu quantum de redução e aumento em frações.

Nesse terceiro momento de aplicação da pena não existem discussões sobre a possibilidade de sua redução aquém do mínimo ou seu aumento além do

máximo, pois que se isso acontecesse, a pena do crime tentado deveria ser sempre a mesma do que a do consumado.

Quando houver concurso de causas de aumento ou diminuição previstas pela 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.

Realizada as três fases, encontra-se a pena definitiva. Deverá o juiz, então, fixar o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade, mesmo que ela venha a ser substituída ou suspensa, porque poderá haver conversão ou revogação da medida alternativa.

O magistrado deverá analisar, finalmente, quando a natureza do crime e a quantidade da pena privativa de liberdade permitirem a possibilidade de *substituição* (art.59, IV, do CPB) ou de *suspensão da sua execução* (art. 157 da LEP). Nessas hipóteses, a decisão, concessiva ou negatória, deverá ser sempre devidamente motivada.

Expostas as fases do cálculo penal, podemos resumi-la na seguinte forma:

$$\mathbf{PD = PB - AT + AG - CD + CA}$$

Sendo:

PD = Pena Definitiva

PB = Pena Base

AT= Atenuantes

AG=Agravantes

CD= Causas de Diminuição

CA= Causas de Aumento.

Nada impede que só existam em um mesmo caso concreto, circunstâncias agravantes e atenuantes. Se isto ocorrer, a fórmula de fixação da pena será a seguinte:

$$PD = PB - AT + AG$$

Igualmente pode ocorrer que no caso concreto não existam circunstâncias agravantes e atenuantes, mas estejam presentes causas de diminuição e de aumento. Se isto ocorrer, a fórmula de fixação da pena será a seguinte:

$$PD = PB - CD + CA$$

Finalmente, não ocorrendo nem agravantes, nem atenuantes, nem causas de aumento ou diminuição, a pena definitiva será igual à pena base:

$$PD = PB$$

Do exposto, somos da posição de que a fixação da pena-base é o momento de maior relevância no processo de dosimetria penal, posto ser essa o alicerce da reprimenda.

A partir da análise das circunstâncias judiciais, inerentes ao criminoso e ao ato ilícito, será calculado o *quantum* penal sobre o qual incidirão as outras fases da dosimetria, aumentando ou diminuindo a pena final e definitiva a ser aplicada.

Não levando a cabo, o magistrado, sua função de aferir cuidadosa esse requisitos, atendendo aos princípios da legalidade e proporcionalidade, estará maculando todo o ato da dosimetria e ferindo o preceito constitucional de individualização da pena, gerando uma reprimenda que não será a necessária para que o condenado expie seus maus atos. Agindo desta maneira não apenas subtrairá

do réu o direito de responder exclusivamente pelo seu crime como, e acima de tudo, marcará com profunda gilvaz a justiça.

Por esta razão, basearemos o capítulo seguinte nas circunstâncias judiciais, contidas no art. 59 do Código Penal Brasileiro, de necessária apreciação para a aferição da pena-base.

Mister ressaltar que, nessa tarefa de dosimetria da pena, quando o juiz efetivamente torna um fato concreto à sanção de Direito Penal, é preciso ter presente o ensinamento de Goethe, citado por Radbruch: *quer se tenha de punir, quer de absolver, é preciso ver sempre os homens humanamente.*

3.2. DIREITO COMPARADO

Com o desenvolvimento das escolas penais, pode-se notar a existência de normas específicas para fixar os critérios gerais de dosimetria da pena. Ainda que existam pequenas diferenças entre os países, nota-se um núcleo comum, voltado para o máximo de individualização possível, entremeado aqui e acolá com as peculiaridades dos regimes de governo e com a tradição de cada nação. Destaca-se a presença do Código Penal Padrão para a América Latina, embrião de futura legislação comum para os países do continente.

I - ESPANHA :

Artículo 66. 1. En la aplicación de la pena, tratándose de delitos dolosos, los jueces o tribunales observarán, según haya o no circunstancias atenuantes o agravantes, las siguientes reglas: 1ª Cuando concurra sólo una circunstancia atenuante, aplicarán la pena en la mitad inferior de la que fije la Ley para el delito. 2ª Cuando concurran dos o más circunstancias atenuantes, o una o varias muy cualificadas, y no concurra agravante alguna, aplicarán la pena inferior en uno o dos grados a la establecida por la Ley, atendidos el número y la entidad de dichas circunstancias atenuantes. 3ª Cuando concurra sólo una o dos circunstancias agravantes, aplicarán la pena en la mitad superior de la que fije la Ley para el delito. 4ª Cuando concurran más de dos circunstancias agravantes y no concurra atenuante alguna, podrán aplicar la pena superior en grado a la establecida por la Ley, en su mitad inferior. 5ª Cuando concurra la circunstancia agravante de

reincidencia con la cualificación de que el culpable al delinquir hubiera sido condenado ejecutoriamente, al menos, por tres delitos comprendidos en el mismo título de este Código, siempre que sean de la misma naturaleza, podrán aplicar la pena superior en grado a la prevista por la Ley para el delito de que se trate, teniendo en cuenta las condenas precedentes, así como la gravedad del nuevo delito cometido(...).

II - ITÁLIA

Art. 133 - Gravità del reato: valutazione agli effetti della pena
Nell'esercizio del potere discrezionale indicato nell'articolo precedente, il giudice deve tenere conto della gravità del reato, desunta: 1) dalla natura, dalla specie, dai mezzi, dall'oggetto, dal tempo, dal luogo e da ogni altra modalità dell'azione; 2) dalla gravità del danno o del pericolo cagionato alla persona offesa dal reato; 3) dalla intensità del dolo o dal grado della colpa.

Il giudice deve tener conto, altresì, della capacità a delinquere del colpevole, desunta: 1) dai motivi a delinquere e dal carattere del reo; 2) dai precedenti penali e giudiziari e, in genere, dalla condotta e dalla vita del reo, antecedenti al reato; 3) dalla condotta contemporanea o susseguente al reato; 4) delle condizioni di vita individuale, familiare e sociale del reo.

III - PORTUGAL

Art. 71º Determinação da medida da pena (...) 2 Na determinação concreta da pena o tribunal atende a todas as circunstâncias que, não fazendo parte do tipo de crime, depuserem a favor do agente ou contra ele, considerando, nomeadamente: a) O grau de ilicitude do facto, o modo de execução deste e a gravidade das suas consequências, bem como o grau de violação dos deveres impostos ao agente; b) A intensidade do dolo ou da negligência; c) Os sentimentos manifestados no cometimento do crime e os fins ou motivos que o determinaram; d) As condições pessoais do agente e a sua situação económica; e) A conduta anterior ao facto e a posterior a este, especialmente quando esta seja destinada a reparar as consequências do crime; f) A falta de preparação para manter uma conduta lícita, manifestada no facto, quando essa falta deva ser censurada através da aplicação da pena.

IV - ARGENTINA

Art. 40.- En las penas divisibles por razón de tiempo o de cantidad, los tribunales fijarán la condenación de acuerdo con las circunstancias atenuantes o agravantes particulares a cada caso y de conformidad a las reglas del artículo siguiente.

Art. 41.- A los efectos del artículo anterior, se tendrá en cuenta: 1º. la naturaleza de la acción y de los medios empleados para ejecutarla y la extensión del daño y del peligro causados; 2º. la edad, la educación, las costumbres y la conducta precedente del sujeto, la calidad de los motivos que lo determinaron a delinquir, especialmente la miseria o la dificultad de ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos, la participación que haya tomado en el hecho, las reincidencias en que hubiera incurrido y los demás antecedentes y condiciones personales, así como los vínculos personales, la calidad de las personas y las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión que demuestren su mayor o menor peligrosidad.

V -BOLÍVIA

Art. 37°.- (FIJACIÓN DE LA PENA). Compete al juez, atendiendo la personalidad del autor, la mayor o menor gravedad del hecho, las circunstancias y las consecuencias del delito: 1. Tomar conocimiento directo del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho, en la medida requerida para cada caso.

Art. 38°.- (CIRCUNSTANCIAS)

1. Para apreciar la personalidad del autor, se tomará principalmente en cuenta:

a) La edad, la educación, las costumbres y la conducta precedente y posterior del sujeto, los móviles que lo impulsaron a delinquir y su situación económica y social. b) Las condiciones especiales en que se encontraba en el momento de la ejecución del delito y los demás antecedentes y condiciones personales, así como sus vínculos de parentesco, de amistad o nacidos de otras relaciones, la calidad de las personas ofendidas y otras circunstancias de índole subjetiva. Se tendrá en cuenta asimismo: la premeditación, el motivo bajo antisocial, la alevosía y el ensañamiento. 2. Para apreciar la gravedad del hecho, se tendrá en cuenta: la naturaleza de la acción, de los medios empleados, la extensión del daño causado y del peligro corrido.

VI - CUBA

ARTÍCULO 47.1. El tribunal fija la medida de la sanción, dentro de los límites establecidos por la ley, guiándose por la conciencia jurídica socialista y teniendo en cuenta, especialmente, el grado de peligro social del hecho, las circunstancias concurrentes en el mismo, tanto atenuantes como agravantes, y los móviles del inculpaado, así como sus antecedentes, sus características individuales, su comportamiento con posterioridad a la ejecución del delito y sus posibilidades de enmienda.

VII - MACAU

Artigo 65.º (Determinação da medida da pena)(...) 2. Na determinação da medida da pena o tribunal atende a todas as circunstâncias que, não fazendo parte do tipo de crime, depuserem a favor do agente ou contra ele, considerando nomeadamente: a) O grau de ilicitude do facto, o modo de execução deste e a gravidade das suas consequências, bem como o grau de violação dos deveres impostos ao agente;b) A intensidade do dolo ou da negligência; c) Os sentimentos manifestados no cometimento do crime e os fins ou motivos que o determinaram; d) As condições pessoais do agente e a sua situação económica; e) A conduta anterior ao facto e a posterior a este, especialmente quando esta seja destinada a reparar as consequências do crime; f) A falta de preparação para manter uma conduta lícita, manifestada no facto, quando essa falta deva ser censurada através da aplicação da pena.

VIII - STANDARD PENAL CODE FOR LATIN AMERICA

Article 73 - The court will fix the sentence within the limits provided for each crime, taking into account the following circumstances unless the law specifically considers such circumstances as elements of the crime or modifiers of liability: 1. Objective and subjective aspects of the criminal act. 2. The extent of the harm or danger caused. 3. The manner, time and place of the act. 4. The predominant motivations of the perpetrator. 5. Other personal factors of the perpetrator or of the victim, in the measure that they influenced the commission of the

crime. 6. The conduct observed by the perpetrator after the crime took place.

Inobstante os avanços, a legislação espanhola ainda apresenta certa tentativa de pré-fixação da pena envolvendo critérios objetivos, guardando certa semelhança com o que se observava em nossos códigos até 1940.

Algumas legislações introduzem elementos não previstos expressamente em nosso art. 59. Estão previstas, por exemplo, a condição econômica do agente (Portugal), seu comportamento posterior ao ato (Itália), idade e educação (Bolívia), grau de violação dos deveres impostos ao agente (Macau), além da previsão ampla de observar qualquer situação que tenha influenciado no crime (Código Penal padrão para a América Latina).

Por outro lado a premissa da definição da pena no sistema cubano passa pela “consciência jurídica socialista”.

Não se pode deixar de destacar, contudo, a consideração, por algumas legislações, do grau de comprometimento do Estado na formação do ato criminoso, enquadrando-se, *mutatis mutandi*, na co-culpabilidade estatal defendida por muitos doutrinadores¹⁹.

A disparidade entre os regramentos, ainda que preservando a preocupação com a individualização em sua maioria, sinaliza que a fixação da pena de forma correta é crucial nos ordenamentos.

A questão da dosimetria da pena, portanto, preocupou no passado, atormenta o presente e certamente estará no centro das discussões jurídicas do futuro, no Brasil e nos demais Países.

3.3 PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

¹⁹ RIVACOBÁ Y RIVACOBÁ, Manuel de. La dosimetria em la determinación legal. Revista de Derecho Penal y Criminología. No 4. 1994. p. 747/756

A Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso XLVI, preconiza:

Art. 5º. [...]

XLVI – a lei regulará a individualização da pena [...]

Não definindo o legislador constituinte o significado de individualização da pena, coube a tarefa à doutrina, segundo a qual individualizar significa particularizar, adaptar a pena ao condenado. A cada indivíduo, uma pena. Para particularizar a pena, a lei haverá, evidentemente, de balizar-se em parâmetros que, como não poderia deixar de ser, são o homem que violou a norma e o fato por ele praticado, cada qual com suas particularidades, suas peculiaridades e características próprias.

Esse importante capítulo do direito penal, o da quantificação ou individualização da pena, encontra-se bastante descuidado pela doutrina, pelo menos nos últimos anos, resultado que é do exagerado desenvolvimento que envolveu a teoria do delito em detrimento deste capítulo e que, lamentavelmente, compromete tanto as garantias individuais como a segurança jurídica.

Esse deficiente desenvolvimento das políticas de individualização penal, sem princípios claros, leva invariavelmente ao campo da arbitrariedade. Na medida que o legislador se omite de sua função específica de determinar, de forma adequada, um mínimo e um máximo da pena e estabelece margens extremamente largas, em meio às quais atua o juiz, estará em jogo a segurança dos cidadãos.

No direito comparado, tentou-se reduzir a margem de arbítrio judicial, recorrendo ao sistema de penas fixas ou tabuladas, com atenuantes e agravantes estabelecidas de maneira matemática, tal como estava consagrado pelo código de 1830, que foi um dos melhores modelos sob este aspecto.

No extremo oposto, temos os códigos que contêm fórmulas sintéticas, que enunciam tão somente critérios gerais que os juízes deverão considerar para a fixação da pena e sua quantidade, sem tabular agravantes e atenuantes genéricas.

Como vimos anteriormente neste trabalho, nosso Código atual adota um sistema combinado, o sistema trifásico de Hungria, que deixa uma considerável margem de atuação ao magistrado. Muito embora não contenha uma amplitude similar a outras existentes em outros textos, não se pode deixar de reconhecer ser bastante ampla a apreciação judicial.

Segundo o sistema brasileiro, o magistrado está obrigado a fundamentar, necessariamente, a individualização que faz da pena na sentença, não sendo suficiente uma menção genérica aos artigos do Código Penal, posto tal atitude não tornar perfeitamente conclusiva a razão que levou o juiz a assim decidir no caso concreto.

Uma sentença assim elaborada é nula, porque não permite a sua crítica, posto que, não sendo possível reconhecer a fundamentação que leva a imposição de uma determinada pena, não é suscetível de comprovação a sua adequação ou inadequação às normas legais.

Já prelecionava Bettiol que

“ todo direito penal moderno é orientado no sentido da individualização das medidas penais, porquanto se pretende que o tratamento penal seja totalmente voltado para características pessoais do agente a fim de que possa corresponder aos fins que se pretende alcançar com a pena ou medida de segurança.

Para finalizar, se faz necessário ressaltar que a individualização da pena também ocorre na fase da execução penal, conforme determina o art. 5º da Lei nº 7.210/84 (lei de Execução Penal), com a seguinte redação: “*os condenados*

serão classificados, segundo seus antecedentes e personalidade, para orientar a individualização da execução penal.

Júlio Fabbrini Mirabete²⁰, analisando o problema da individualização no momento da execução da pena aplicada ao condenado, preleciona:

“Com os estudos referentes à matéria, chegou-se paulatinamente ao ponto de vista de que a execução penal não pode ser igual a todos os presos – justamente porque nem todos são iguais, mas sumamente diferentes – e que tampouco a execução pode ser homogênea durante todo o período de seu cumprimento. Não há mais dúvidas de que nem todo preso deve ser submetido ao mesmo programa de execução e que, durante a fase executória da pena, se exige um ajustamento desse programa conforme a reação observada no condenado, só assim se podendo falar em verdadeira individualização no momento executivo. Individualizar a pena, na execução, consiste em dar a cada preso as oportunidades e elementos necessários para logra a reinserção social, posto que é pessoa, s er distinto. A individualização, portanto, deve aflorar técnica e científica, nunca improvisada, iniciando-se coma indispensável classificação dos condenados a fim de serem destinados aos programas de execução mais adequados, conforme condições de cada um.”

4. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DE FIXAÇÃO DA PENA-BASE

²⁰ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Execução penal*, p. 60-61

Trata ao art. 59 das chamadas *circunstancias judiciais*, que fornecem ao julgador os critérios necessários à fixação de uma “pena base” entre os limites da sanção fixados abstratamente na lei penal.

Tem a aplicação da pena sede principal no art. 59, que impõe ao juiz determinar a pena justa, dentre as cominadas alternativamente, e fixar, dentro em limites legais, a quantidade. Aliás, o princípio da individualização da pena foi consagrado constitucionalmente pelo art. 5º, XLVI, que determinou que a lei, no caso o art. 59 do Código Penal, regulará a individualização da pena, isto é, estabelecerá os princípios individualizadores da reprimenda.

Tais circunstancias são denominadas judiciais, porque a lei não os define e deixa a cargo do julgador a função de identifica-los no bojo dos autos e mensura-los concretamente. Não são efetivas “circunstâncias do crime”, mas critérios limitadores da discricionariedade judicial, que indicam o procedimento a ser adotado na tarefa individualizadora da pena-base.

O dispositivo denuncia os fins da pena, determinando que seja estabelecida conforme seja necessário e suficiente para a *reprovação e prevenção* do delito, sendo a culpa do agente a base fundamental para a individualização da sanção a ser aplicada.

Nos termos do dispositivo em estudo o juiz deve levar em conta, de um lado, a *culpabilidade*, os *antecedentes*, a *conduta social* e a *personalidade do agente*, e, de outro, as características referentes ao contexto do próprio fato criminoso, como os *motivos*, as *circunstâncias* e as *conseqüências do crime*, bem como o *comportamento da vítima*. Diante desses elementos, que reproduzem a biografia moral do condenado de um lado, e as particularidades que envolvem o

fato criminoso de outro, o juiz deve escolher a modalidade e a quantidade da sanção cabível, segundo o que lhe parecer necessário e suficiente para tender aos fins da pena.

O julgador não se pode limitar à apreciação exclusiva do caso, mas tem de considerar, também, a pessoa do criminoso, para individualizar a pena. Como escreve Soler²¹, é uma tarefa delicada, para qual o juiz, além da competência jurídica teórica, deve possuir conhecimentos psicológicos, antropológicos e sociais, aliados a uma fina intuição da realidade histórica e uma sensibilidade apurada.

A pena não tem mais em vista somente o delito. Ao lado da apreciação dos aspectos objetivos que ele apresenta, há de o juiz considerar a pessoa de quem o praticou, suas qualidades e defeitos, fazendo, em suma, estudo de sua personalidade, sem olvidar, sobretudo, a possibilidade de tornar a delinquir, ou a periculosidade.

Questão polêmica sobre a matéria é o estabelecimento de preponderância entre as circunstâncias judiciais elencadas pelo art. 59 do CPB.

Parte da doutrina defende a posição de que há circunstâncias judiciais preponderantes, possuindo as circunstâncias subjetivas peso maior que as objetivas. Outros autores, no entanto, acreditam estar a preponderância nas circunstâncias de culpabilidade²², sendo as demais circunstâncias judiciais apenas critérios pelos quais se analisa a primeira. Será tão mais reprovável a conduta quanto forem negativas as demais circunstâncias judiciais

²¹ SOLER, *Derecho Penal*, V. 2, p. 473

²² GALVÃO, op. Cit., p. 596; BITENCOURT, op. Cit., p. 515; BOSCHI, op. Cit., p. 220/222; REALI JÚNIOR, Miguel. *Instituições de Direito Penal Parte Geral*. Rio de Janeiro: Forense, p. 84; MESTIERI, João. *Manual de Direito Penal Parte Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 281; MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal Parte geral*. 8ª edição. São Paulo: Atlas, 1994, p. 277; JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito Penal*. 14ª edição. São Paulo: Saraiva, v. 1, 1990, p. 507.

Apesar das críticas, a tentativa de sistematizar o estudo da análise das circunstâncias judiciais possui a virtude de conferir critérios objetivos que permitam que o juiz faça a dosimetria da pena sem engessar sua atividade mas, também, evitando que o quanto da elevação da pena dependa, em grande parte, do maior ou menor rigor do juiz, à luz de critérios exclusivamente personalíssimos. Há casos, e não são poucos, em que, mesmo fundamentado, o juiz não explicita por que aumentou a pena em um ano em vez de seis meses, o que faz com que, no mais das vezes, a sentença não seja anulada e, quando reduzida pelo Tribunal, seja apenas substituído o subjetivismo.

Não se pretende a adoção de processos aritméticos rígidos para a fixação da pena-base, mas sim o estabelecimento de critérios objetivos que possibilitem o juiz fundamentar a sentença, inclusive quanto ao aumento da pena, ao mesmo tempo sem deixar de perceber a medida da culpabilidade.

Já há um considerável subjetivismo nas circunstâncias judiciais: o que, por exemplo, na personalidade do agente ou na sua conduta social pode ser levado contra ou a seu favor. Não necessita o sistema de fixação da pena de mais indeterminação. O que se requer é segurança jurídica, sem descuidar das particularidades do caso concreto, em vista das finalidades da pena.

Mário Helton JORGE²³, Juiz no Estado do Paraná, é quem melhor resolve a questão, sustentando que, não existindo preponderância legal entre as circunstâncias judiciais²⁴, cada circunstância pode elevar a pena mínima em até 1/8 da variação prevista no tipo penal. Observa-se, desse modo, a advertência de FERREIRA²⁵:

²³ JORGE, Mário Helton. A quantificação da pena em face das circunstâncias. Disponível em <<http://www1.jus.com.br/doutrina/imprimir.asp?id=5095> Acesso em 15 fev. 2005

²⁴ O autor cita, inclusive, posição do Supremo Tribunal Federal em RT 530/406

²⁵ FERREIRA, Gilberto. *Aplicação da pena*. Rio de Janeiro: Forense, 1995., p. 66.

“ Não se pode perder de vista, todavia, que o juiz, ao estabelecer a pena-base, deverá esclarecer a quantidade de pena que utilizou em relação a esta ou aquela circunstancia. Não basta dizer, genericamente, que levando em consideração tais e tais circunstâncias fixou a pena-base em tanto [...] Tal providência se faz necessária não só para obedecer ao disposto no art. 93, IX, da Constituição Federal, mas, sobretudo, para demonstrar ao réu e ao Tribunal, no caso de reapreciação da matéria, qual a exata quantidade de pena atribuída a cada circunstância.

Acreditamos ser essa primeira fase da dosimetria penal a mais importante do processo. Baseamos nossa opinião no fato de muitas vezes a pena-base revestir-se de pena definitiva, pois inexistindo circunstâncias agravante e atenuantes e causas de aumento e diminuição de pena, a segunda e terceira fase encontram-se prejudicadas. A primeira, porém, é de análise obrigatória. Além desse ponto, é nesta fase que se dá o capítulo mais importante da individualização da pena, analisando-se as características inerentes a personalidade do agente. Características que são pessoais e individuais, garantindo que a pena a ser aplicada ao autor do delito seja aquela justa e moldada as suas ações e ao seu comportamento.

Neste capítulo, pois, busca-se expor, profunda e exaustivamente, todas as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CPB. Analisemo-as, a partir de agora:

4.1 CULPABILIDADE

A culpabilidade aparece no Direito Penal brasileiro como limitadora à responsabilização criminal. Somente será censurado o indivíduo que praticar um injusto penal, possuindo a capacidade – ainda que genérica – de querer e de entender e a possibilidade de, nas circunstâncias do momento, agir de forma lícita. Mais do que isso: a pena a ele aplicada ficará limitada ao grau de sua culpabilidade.

Desse modo, no primeiro momento de atuação judicial, deverá o juiz verificar a ocorrência dos elementos da culpabilidade, para concluir se houve ou não prática delitiva. Após, quando da dosimetria da pena, necessita, mais uma vez, recorrer ao exame da culpabilidade, agora, como circunstância judicial.

É justamente nesta fase de construção da pena-base que a análise da culpabilidade exige maior esforço do julgador: não se trata mais de um estudo de constatação (haja vista já ter restado evidente, *in casu*, a sua presença) e, sim, de um exame de valoração, de graduação. Deve, portanto, dimensionar a culpabilidade, nesta fase, pela intensidade da reprovação que carrega em seu bojo, expondo sempre os fundamentos que lhe formaram o convencimento²⁶.

A graduação da reprovação da conduta sancionada pode auferir-se a partir de dois dos elementos da culpabilidade: o potencial conhecimento da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa.

Aquele que age com consciência real da ilicitude é mais culpado do que aquele que age sem a consciência, podendo alcançá-la.

Na valoração da culpabilidade, deve-se dispensar especial atenção à verificação do maior ou menor grau de exigibilidade de outra conduta, considerando, neste tocante, as características pessoais do agente dentro do exato contexto de circunstâncias fáticas em que o crime ocorreu. Este é, sem dúvida, o melhor critério de exame da intensidade de reprovação do crime²⁷. Quanto mais exigível a conduta diversa, maior é a reprovação do agir do sentenciado.

²⁶ AZEVEDO, David Teixeira de, *Dosimetria da Pena*, São Paulo: Malheiros, 1998, p. 79.

²⁷ GALVÃO, Fernando. *Aplicação da Pena*. Belo Horizonte, Del Rey, 1995, p.143

Para alguns, a apreciação da "*intensidade do dolo*" ou do "*grau de culpa*", expressões utilizadas na redação antiga da lei, seria plenamente cabível por constituírem ambos indicativos da censurabilidade da conduta sancionada²⁸.

Existe, ainda, o entendimento de que a culpabilidade não é critério para medir o juízo de reprovação e, sim, é o próprio juízo de reprovação. Defensor dessa corrente, o magistrado paranaense Gilberto Ferreira²⁹ afirma que

“o legislador deveria ter estabelecido que, para se determinar o grau de culpabilidade, examinar-se-iam os antecedentes, conduta social e personalidade do agente; os motivos, circunstâncias e conseqüências do crime e o comportamento da vítima, deixando que tais elementos indicassem o quanto mais ou menos culpável seria o agente.”

Vale dizer que sem culpabilidade, ainda que o fato seja típico e ilícito, não se aperfeiçoa o crime, e de conseqüência, não pode haver pena. Em outras palavras, sem nenhuma culpa, em sentido amplo, sem culpabilidade, sem possibilidade de conhecimento da ilicitude, ou sem possibilidade de exigência de outro comportamento, não há a mínima culpabilidade. Logo, não há crime, nem pena.

Cumprir relevar, ainda, que o exame da graduação da culpabilidade é trabalho complexo, sendo, por conseguinte, inadmissíveis "*as afirmações monossilábicas que encontramos em algumas sentenças, do tipo ‘a culpabilidade é mínima’, ou ‘grave’, ‘intensa’, etc’*".³⁰

Cabe registrar, também, a proibição ao Juiz de que avalie a culpabilidade como desfavorável com o(s) mesmo(s) fundamento(s) que alicerçará a análise negativa de outra(s) das sete circunstâncias seguintes. Tal incidência caracterizaria,

²⁸ MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de Direito Penal, 1º vol., 19ª ed., São Paulo: Atlas, 2003, p.293 e Bitencourt, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal, Parte Geral, 8ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 554

²⁹ FERREIRA, Gilberto. Aplicação da Pena, cit., p. 82.

³⁰ BOSCHI, José Antônio Paganella. Das Penas e Seus Critérios de Aplicação, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p.205.

sem dúvida, violação ao princípio "*non bis in idem*", que proíbe a consideração de uma mesma situação, por mais de uma vez, para o agravamento da pena que está sendo aplicada.

De igual modo, é vedado ao juiz que considere, na valoração da culpabilidade (e das demais circunstâncias judiciais), fatores que constituam ou qualifiquem o crime, ou, ainda, que caracterizem circunstância agravante ou causa especial de aumento de pena (a serem sopesadas nas etapas subseqüentes).

A culpabilidade, além de fundamentar a aplicação da pena, é o seu elemento limitador. Quanto maior a culpabilidade, maior a pena. Inversamente, pequena culpabilidade, pena mais branda. A tipicidade e a ilicitude constituem pressuposto indispensável à imposição da sanção penal, mas é a culpabilidade que além de condicioná-la, limita-a e a gradua.

Esta é a primeira das circunstâncias que o juiz analisa quando vai fixar a pena-base. É a mais importante delas, e por isso deve ser verificada com maior cuidado. Não basta que considere ser ele culpado – imputável, com possibilidade de conhecer a ilicitude e do qual se pode exigir conduta diferente – que isso é requisito para a condenação. Deve o juiz analisar e conhecer o grau da consciência da ilicitude, e o grau da exigibilidade de conduta diversa, para então, concluir se o agente agiu com maior ou menos culpabilidade, merecendo, então, elevada ou pequena reprovação.

4.2 ANTECEDENTES

Diz o art. 59 que o juiz considerará os antecedentes do agente do fato como circunstâncias no momento da fixação da pena-base. Os antecedentes são, em

síntese, a história do acusado, seu passado, o que lhe aconteceu, o filme de sua vida, antes do fato de que vai tratar a sentença.

Cumprir verificar, preliminarmente, que a doutrina e a jurisprudência divergem quanto às situações que podem ser consideradas como maus antecedentes. Contudo, é preciso lembrar que a pena há de ter critérios e limites para a sua aplicação, em respeito mesmo à dignidade da pessoa humana e que, portanto, a valoração das circunstâncias judiciais não deve fugir à regra de que as leis, sobretudo as penais, devem ser interpretadas sob o prisma das garantias individuais asseguradas pela Carta Magna.

Inicialmente, há de se considerar que por antecedentes devem entender-se apenas os judiciais. Caso exista, nos autos, notícia de antecedentes desabonadores que digam respeito à vida privada do condenado, poderá ela, quando pertinente, ser sopesada na análise da "conduta social" ou, talvez, da "personalidade" do apenado.

Será reincidente aquele que, na data em que praticou o crime que se está julgando, já possuía sentença condenatória, transitada em julgado, por outro crime anterior. Todos aqueles em situação diversa desta podem ser considerados não reincidentes, assim como aqueles em que decorreu lapso de tempo superior a cinco anos entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração que se está julgando, segundo ciência do art. 64, I, do CPB.

Se somente às condenações anteriores com trânsito em julgado, que não se prestem para afirmar a reincidência, servem para a conclusão dos maus antecedentes, estamos dizendo, com isso, que simples anotação na folha de antecedentes criminais do agente, apontando inquéritos policiais ou mesmo sentenças conde-

natórias ainda passíveis de recurso, não têm o condão de permitir a elevação da pena-base.

Esse entendimento, contudo, não é pacífico nos Tribunais, o que constitui fato lamentável. Se a própria Carta Magna estabelece que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, não pode o juiz, aumentar a pena de alguém com base na existência de uma ação penal que ainda não se concluiu, sob pena de um cidadão cumprir tempo maior de pena pela simples possibilidade de condenação (que também representa possibilidade de absolvição), em outro processo.

Mais que irracional esse posicionamento é inconstitucional, violador das garantias individuais do cidadão. É lamentável constatar que, mesmo o Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição Federal, tem violado esta garantia na maioria dos julgamentos que envolvem o tema, restando expresso, em alguns deles, sem qualquer pudor, o verdadeiro desprezo à Lei Maior, como no caso que aqui colacionamos, *in verbis*:

STF: “O art. 5º, LVII, da CF (Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença condenatória) não impede que se leve à conta de maus antecedentes do acusado, para fins do disposto no art. 59 do CP, a existência contra ele de inquéritos e processos criminais sem condenação transitada em julgado” (HC 72.130 – RJ, ac. Da 2ª Turma j.22/4/1996 – Rel. Min. Maurício Corrêa)

Também não caracterizam maus antecedentes, os fatos ocorridos antes da maioridade penal do condenado, por não poderem, graças à anterior inimputabilidade do agente, constituir qualquer gravame na culpabilidade. Exacerbar a pena por fatos praticados quando o agente estava fora do alcance da norma penal contrária a lógica e o bom senso.

Ainda, excluem-se dos maus antecedentes: as propostas aceitas de suspensão condicional do processo e de transação penal e, ainda, os acordos civis

extintivos da punibilidade, pois todas essas medidas trazidas pela Lei nº 9099/95 não possuem natureza condenatória nem há, nelas, qualquer admissão de culpa pelo "beneficiado".

Finalmente, ao contrário do que prega parte da jurisprudência, a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva do Estado, em outra ação penal, não pode gerar antecedentes, por respeito também ao princípio da presunção de inocência, já que, tanto quando ocorre a prescrição pela pena em abstrato, quanto pela pena em concreto, resta prejudicada a análise do mérito.

No que diz respeito à prova dos antecedentes, há que se considerar a certidão cartorária de antecedentes criminais, com explícita referência à data do trânsito em julgado da eventual condenação³¹. Portanto, o magistrado deve, sempre, indicar os elementos constantes dos autos que caracterizam os maus antecedentes, não podendo, simplesmente, afirmar que o acusado os possui, sob pena de nulidade.

Duvida não há que fixar a pena com base no passado do agente é o mesmo que fixá-la com fundamento em sua raça, religião que professa, cor dos olhos ou textura do cabelo. É fixá-la com base em elemento completamente dissociado do fato criminoso por ele praticado.

Os antecedentes, por isso, num direito penal de cariz democrático, não podem influir na quantidade e qualidade da pena. Lamentavelmente, o art. 59 do CP a eles faz expressa referência, que colide frontalmente com o princípio da culpabilidade, daí por que os juízes, no momento da fixação da pena, não devem considerá-los enquanto circunstância judicial que prejudique o agente do crime.

³¹BOSCHI, José Antonio Paganella. *ob. cit.*, p. 208.

Parte da doutrina porém, entende que os antecedentes do condenado, quando muito, poderiam ser analisados no sentido positivo, abonador. Ou seja, bons antecedentes implicam em sanção penal mais branda. Posição esta com a qual concordamos.

4.3 CONDOTA SOCIAL

A terceira circunstância do artigo 59 do Código Penal, que antes da reforma de 1984 era abrangida pelos antecedentes, diz respeito ao comportamento do sentenciado em relação à comunidade em que vive.

Esse exame traduz verdadeira "culpabilidade pelos fatos da vida" (ao invés da "culpabilidade pelo fato praticado"), tão criticada pelos penalistas, mas que tem, por escopo, auxiliar o Juiz na busca da perfeita graduação da censura penal.

Devem ser examinados, nessa ocasião, os elementos indicativos da inadaptação ou do bom relacionamento do agente perante a sociedade em que está integrado. É preciso haver uma circunstancialização para que se entenda a forma como o agente se comporta em seu meio.

Aufere-se a conduta social do apenado, basicamente, da análise de três fatores que fazem parte da vida do cidadão comum - família, trabalho e religião³² - analisando-se o modo de agir do agente nas suas ocupações, sua cordialidade ou agressividade, egocentrismo ou prestatividade, rispidez ou finura de trato, seu estilo de vida honesto ou reprovável.

José Eulálio de Almeida³³ leciona que o juiz deve colher da prova produzida nos autos:

³² KUEHNE, Maurício. *Teoria e Prática da Aplicação da Pena*, 4ª ed., Curitiba: Juruá, 2003, p. 61

³³ ALMEIDA, José Eulálio Figueiredo de. *ob. cit.*, p.74.

*"...a vocação do acusado para o trabalho ou para a ociosidade; a afe-
tividade do mesmo para com os membros que integram a sua família,
ou o desprezo e indiferença que nutre por seus parentes; o prestígio e a
respeitabilidade de que goza perante as pessoas do seu bairro ou da
sua cidade, bem como o índice de rejeição de que desfruta entre os que
o conhecem socialmente; o seu entretenimento predileto (...) ou se pre-
fere a companhia constante de pessoas de comportamento suspeito e
freqüenta, com habitualidade, locais de concentração de delinqüentes,
casas de tolerância, lupanares ou congêneres; o seu grau de escolari-
dade, tal como a assiduidade e a abnegação pelo estudo ou o desinte-
resse pelo mesmo, assim como o respeito e o relacionamento com fun-
cionários, professores e diretores do estabelecimento escolar."*

No seu dizer, também pode o julgador considerar o trabalho social re-
alizado pelo agente em favor de determinado grupo comunitário, contudo, desde
que essa atividade tenha fins sinceramente filantrópicos.

A valoração da conduta social não se confunde com o exame dos ante-
cedentes. Pode haver casos em que o sujeito com registro de antecedentes criminais
tenha conduta social elogiável, assim como é possível encontrar situações em que o
sujeito com um passado judicial imaculado seja temido na comunidade em que
vive.

No enfoque da conduta social, não pode o Magistrado restringir-se a
afirmar que o réu "*aparentemente não possui boa conduta social*", sem tomar por
base minimamente os elementos probatórios dos autos. Não bastam meras conjec-
turas, é necessário que se ponderem as provas, geralmente orais, produzidas nos au-
tos: a palavra das testemunhas que conviveram com réu (inclusive das abonatórias),
eventuais declarações, atestados, abaixo-assinados, etc. A constatação de um fato
isolado na vida do condenado não revela sua conduta social, que é sempre perma-
nente.

Tanto quanto os antecedentes, essa circunstancia colide com o princí-
pio da culpabilidade e só pode ser examinada do ponto de vista positivo, sendo be-
neficiado o condenado com conduta social harmônica, ajustada ao meio.

Se, ao contrário, for levada negativamente em consideração no momento de fixação da pena, representaria o julgamento do homem pelo que ele é, e não pelo que ele fez.

4.4 PERSONALIDADE DO AGENTE

Aqui, outra circunstancia que não tem relação direta com o fato praticado, a personalidade, característica interna do homem, é incluída entres as circunstancias judiciais.

O professor Mirabete³⁴ diz que

“quanto à personalidade, registram-se as qualidades morais, a boa ou má índole, o sentido moral do criminoso, bem como sua agressividade e o antagonismo com a ordem social intrínseco a seu comportamento.

A missão do Magistrado na valoração desta circunstância não é nada simples. Exige, em primeiro lugar, que ele tenha conhecimentos de psicologia e de psiquiatria. É preciso, ainda, que o processo esteja instruído com todos os elementos necessários a essa valoração. E, finalmente, que ao Magistrado tenha sido oportunizado o contato pessoal com o réu.

A realidade, no Brasil, conforme assevera Gilberto Ferreira³⁵, é a de que o Juiz não tem condições de avaliar cientificamente a personalidade do criminoso, por quatro principais motivos:

"Primeiro, porque ele não tem um preparo técnico em caráter institucional. As noções sobre psicologia e psiquiatria as adquire como autodidata. Segundo, porque não dispõe de tempo para se dedicar a tão profundo estudo. Como se sabe, o juiz brasileiro vive assoberbado de trabalho. Terceiro, porque como não vige no processo penal a identidade física, muitas vezes a sentença é dada sem ter o juiz qualquer contato com o réu. Quarto, porque em razão das deficiências materiais do Poder Judiciário e da polícia, o processo nunca vem suficientemente instruído de modo a permitir uma rigorosa análise da personalidade"

³⁴ MIRABETE, Júlio Fabrinni. *Manual de direito penal*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 1991, v.1, p277

³⁵ FERREIRA, Gilberto. *Aplicação da pena*. Rio de Janeiro: Forense, 1995., p. 88

O exame da personalidade é tarefa que supera as forças do Magistrado "padrão". Na obrigação legal de valorar tal circunstância, o Juiz acaba por fazê-lo de forma precária, imprecisa, incompleta, superficial, limitada.

Cumprir destacar que a personalidade do agente é característica individual. Praticamente impossível, portanto, repetir-se em terceiros, com igual forma e intensidade. Assim, é temerário considerar a personalidade de co-réus como idênticas.

Valem, também, aqui, as anotações sobre o especial cuidado que deve ter o Juiz para não incidir em *bis in idem*, ou seja, para não considerar, na análise da personalidade, fatores: que já foram utilizados na valoração negativa de outra circunstância judicial; ou que constituam ou qualifiquem o delito; ou, ainda, que caracterizem agravante ou causa especial de aumento de pena.

Geralmente são considerados na valoração da personalidade os seguintes elementos: laudos psiquiátricos, informações trazidas pelos depoimentos testemunhais e, ainda, a própria experiência do Magistrado em seu contato pessoal com o réu.

Não havendo, contudo, nos autos, elementos suficientes para o exame da personalidade, ou, ainda, tendo o Juiz a consciência de sua inaptidão para julgá-la, não deve hesitar em declarar que não há como valorar essa circunstância e em abster-se de qualquer aumento de pena relativo a ela. Melhor será reconhecer a carência de elementos ou a própria inaptidão profissional do que acabar agravando a pena do sentenciado por uma valoração equivocada, pobre de provas ou injusta.

Considerar a personalidade do agente no momento da fixação da pena-base é considerar o homem enquanto ser, e não o fato por ele praticado.

4.5 MOTIVOS

Não há dúvidas de que, conforme a motivação que levou o agente a delinquir, sua conduta poderá ser bem mais ou bem menos reprovável. No dizer de Bitencourt e de Regis Prado, os motivos "*constituem a fonte propulsora da vontade criminosa*"³⁶, sendo esta, para Magalhães Noronha, a mais importante de todas as circunstâncias para se auferir a quantidade de pena.

Não existe conduta humana desprovida de motivos. O homem, consciente das leis da natureza, capaz de prever os acontecimentos e de dirigir sua atividade no rumo de alcançar esse ou aquele resultado, age, sempre, com uma finalidade.

O fim da conduta pode ser, exatamente, alcançar o resultado proibido, que lesa o bem jurídico penalmente protegido. O dolo é um dos elementos do fato típico, de que modo que examina-lo é verificar a existência da própria tipicidade do fato. A análise do comportamento negligente, igualmente, faz parte da valoração acerca do fato típico.

No momento da fixação da pena-base, tais etapas já terão sido superadas, pois o juiz já terá concluído pela existência de um fato típico, ilícito e culpável. Não se trata, portanto, de analisar a intensidade de dolo ou culpa, mas de descobrir se a qualidade da motivação do agir do agente merece mais ou menos reprovação a fim de se calcular a pena-base.

Assim, o agente que furta para satisfazer a necessidade de alimentar o filho tem motivação menos reprovável (porque nobre) do que aquele que furta para prejudicar o desafeto (por inveja ou por vingança).

³⁶ PRADO, Luiz Regis e BITENCOURT, Cesar Roberto . Código Penal Anotado e Legislação Complementar, 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 227.

Nélson Hungria, citado por Gilberto Ferreira³⁷, indica alguns dos motivos que devem ser sopesados nesta fase dosimétrica:

"Motivos imorais ou anti-sociais e motivos morais ou sociais, conforme sejam, ou não, contrários às condições ético-jurídicas da vida em sociedade. O amor à família, o sentimento de honra, a gratidão, a revolta contra a injustiça, as paixões nobres em geral podem levar ao crime; mas o juiz terá de distinguir entre esses casos e aqueles outros em que o 'movens' é o egoísmo feroz, a cólera má, a prepotência, a malvez, a improbidade, a luxúria, a cobiça, a 'auri sacra fames', o espírito de vingança, a empolgadura de vícios."

O motivo da infração, assim como as demais circunstâncias judiciais, não pode ser valorado negativamente quando integrar a definição típica, nem quando caracterizar circunstância agravante ou causa especial de aumento de pena.

De igual modo, quando o motivo do agente é o normal à espécie delictiva, não pode o Juiz aumentar a reprimenda, tendo em vista que aquele, por ser inerente ao tipo, já possui a necessária censura, prevista, até mesmo, na pena mínima abstrata.

4.6 CIRCUNSTÂNCIAS

Por circunstâncias da infração penal, indicadas no artigo 59, do Código Penal, entendem-se todos os elementos do fato delitivo, acessórios ou acidentais, não definidos na lei penal. Compreendem, portanto, as singularidades propriamente ditas do fato e que ao juiz cabe ponderar.

Na definição de Alberto Silva Franco³⁸,

"circunstancias são elementos acidentais que não participam da estrutura própria de cada tipo, mas que, embora estranhas à qualificação típica, influem sobre a quantidade punitiva para efeito de abrandá-la ou agravá-la. As circunstancias apontadas em lei são as circunstancias legais (atenuantes e agravantes) que são enumeradas nos arts. 61,62 e 65 da PG/84 e são de cogente incidência. As circunstancias inominadas são as judiciais a que se refere o art. 59 da PG/84 e, apesar de não especificadas em nenhum texto legal, podem, de acordo com uma ava-

³⁷ FERREIRA, Gilberto. *Aplicação da pena*. Rio de Janeiro: Forense, 1995., p 91

³⁸ SILVA FRANCO, Alberto. *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*. V. 1, t. 1, p. 900

liação discricionária do juiz, acarretar o aumento ou a diminuição da pena. Entre tais circunstâncias podem ser incluídos o lugar do crime, o tempo de sua duração, o relacionamento existente entre autor e vítima, a atitude assumida pelo delinqüente no decorrer da realização do fato criminoso"

e Gilberto Ferreira acrescenta a esses fatores a maior ou menor insensibilidade do agente e o seu arrependimento.

Com base nessa definição, é mais censurável a conduta do agente que matou alguém na igreja ou na casa da vítima do que aquele que a matou em sua própria casa. Por outro lado, é menos censurável o agente que se demonstrou sinceramente arrependido da prática delitiva do que aquele que comemorou o evento embriagando-se.

Insta destacar que, para fins de fixação da pena-base, as circunstâncias, no concurso de pessoas, só se comunicam ao co-autor no caso de ele conhecer a sua ocorrência. Isso se deve à determinação do art. 29, do Código Penal que reza que o indivíduo só pode responder pelo crime na medida de sua culpabilidade.

Não se pode esquecer de evitar o *bis in idem* pela valoração das circunstâncias que integram o tipo ou qualificam o crime, ou, ainda, caracterizam agravante ou causa especial de aumento de pena.

Algumas vezes, a constatação de que determinada circunstância já é inerente ao tipo penal não decorrerá da simples leitura do dispositivo legal e o Magistrado necessitará um pouco mais de cuidado nesse estudo.

Por exemplo, no crime de omissão de recolhimento de contribuições previdenciárias (art. 168-A, do CP), não poderá o Juiz aumentar a pena pela circunstância de contar o réu com assessoria contábil, posto que, de um estudo mais criterioso, esse fato é normal ao tipo penal.

Se assim pudesse ocorrer, a sentença nada mais estaria fazendo do que reafirmando a ocorrência do crime. Nesse norte, o STJ reformou a pena aplicada ao advogado condenado pelo crime de apropriação indébita em razão da profissão (art. 168, §1º, III, do CP), que teve a sua pena-base fixada acima do mínimo legal porque a análise dos motivos e das circunstâncias do crime como desfavoráveis ocorreu com fundamento em elementos comuns ao próprio tipo penal. O Acórdão, da lavra do eminente Ministro Gilson Dipp e publicado recentemente, corrigiu o lapso daquela sentença monocrática:

"As circunstâncias judiciais relativas aos motivos ('desejo de possuir mais do que lhe pertence por direito') e às circunstâncias do crime ('recebimento do numerário, na condição de advogado da vítima, sem o correspondente repasse') não podem ser consideradas para aumentar a pena-base, pois se encontram ínsitas ao próprio tipo penal".

Não basta, no entanto, que a circunstância não esteja prevista na lei.

Ela deve ser relevante e indicar uma maior censurabilidade à conduta praticada pelo condenado.

Não atendem a essa finalidade as justificativas imprecisas, na sentença, do tipo: "agiu de modo bárbaro", "agiu com exagero", etc.

Faz-se necessário precisar os fatos concretos, provados nos autos, que caracterizem as circunstâncias do crime, valoradas positiva ou negativamente.

A sentença que não fundamenta sua valoração das circunstâncias do crime ou que não indica os elementos dos autos que formaram o convencimento do Juiz quanto a essa valoração padece de nulidade

4.7 CONSEQUÊNCIAS

O dano causado pela infração penal, na lição de Gilberto Ferreira³⁹, pode ser material ou moral. Será material quando causar diminuição no patrimônio

³⁹ FERREIRA, Gilberto. *Aplicação da pena*. Rio de Janeiro: Forense, 1995., p 93

da vítima, sendo suscetível de avaliação econômica. Por outra banda, o dano moral implicará dor, abrangendo tanto os sofrimentos físicos quanto os morais.

No exame das conseqüências da infração penal, o Juiz avalia a maior ou menor intensidade da lesão jurídica causada à vítima ou a seus familiares.

No entanto, cumpre lembrar o ensinamento de Paganella Boschi⁴⁰ de que devem ser sopesadas apenas as conseqüências que se projetam "para além do fato típico", sob pena de incorrer-se em dupla valoração.

Dessa forma, não se pode considerar como conseqüência desfavorável do crime de homicídio, a perda de uma vida, posto que inerente ao tipo penal. Contudo, pode-se utilizar, nesta etapa da dosimetria, o fato de o agente ter ceifado a vida de um pai de família numerosa, o que é mais censurável do que a conduta daquele que assassinou uma pessoa solteira.

José Eulálio de Almeida e Adalto Dias Tristão referem-se, ainda, ao clamor público causado pela infração penal na ponderação das conseqüências. Todavia, há que se considerar o fato de que o clamor público nem sempre se dá em razão da gravidade do delito, mas, por outros motivos como, por exemplo, o prestígio ou a posição social do agente ou da vítima; ou, ainda, o interesse circunstancial da imprensa na divulgação do delito. Portanto, o clamor público, por si só, não pode ser considerado como conseqüência desfavorável ao agente, porque não traduz, necessariamente, um juízo de maior reprovação da conduta. Ocorrem muitos delitos mercedores de grande censura que só não causam clamor público por um fator "de sorte".

Por isso, melhor é o entendimento da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, manifestado no julgamento da Apelação Criminal

⁴⁰ BOSCHI, José Antônio Paganella. *Das Penas e Seus Critérios de Aplicação*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p 221

nº 63286-0. Consta da ementa do v. Acórdão, da lavra do i. Desembargador Nunes do Nascimento:

"...Sem obstância, a mesma sentença torna-se claramente inadequada no tópico em que aplica a reprimenda equivalente ao dobro do mínimo para a ocultação de cadáver, justificando a exacerbação com a repercussão que o crime causou na sociedade e na mídia, pois é certo que esse fundamento não está elencado no rol do art. 59"⁴¹

Finalmente, não pode o Magistrado, simplesmente, utilizar-se de singelos argumentos, como, por exemplo, a ocorrência de "*conseqüências de monta*". Deve, também aqui, tomar o máximo cuidado para deixar muito bem fundamentada a análise das conseqüências, embasando sua valoração em fatos concretos e provados (não presumidos) nos autos.

4.8 COMPORTAMENTO DA VÍTIMA

Inovação trazida com a Reforma da Parte Geral do Código Penal, em 1984, esta circunstância judicial reafirma a crescente importância da vitimologia no Direito Penal atual.

Na valoração da última circunstância judicial

"é preciso perquirir em que medida a vítima, com a sua atuação, contribuiu para a ação delituosa. Muito embora o crime não possa de modo algum ser justificado, não há dúvida de que em alguns casos a vítima, com o seu agir, contribui ou facilita o agir criminoso, devendo essa circunstância refletir favoravelmente ao agente na dosimetria da pena"⁴²

Quando a vítima instiga, provoca, desafia ou facilita a conduta delitiva do agente, diz-se, portanto, que a oitava circunstância judicial está favorável ao réu. Nesses casos, a vítima teve participação efetiva na culpabilidade do autor, posto

⁴¹ TJPR, 2ª Câmara Criminal, Apelação Criminal nº 63286-0, Rel. Des. Nunes do Nascimento, DJ 01/06/98

⁴² TRF da 4ª Região, 2ª Turma, Apelação Criminal nº 9404572004/RS, Rel. Juíza Federal Tânia Terezinha Cardoso Escobar, DJU 30/04/1997.

que enfraqueceu a sua determinação de agir conforme o Direito. Logo, por consequência, merece o agente, nessa situação, uma censura penal mais branda do que a que lhe caberia nos casos de ausência total de provocação da vítima.

Nos crimes patrimoniais, por exemplo, tem diminuída a sua capacidade de se comportar de acordo com o ordenamento jurídico o agente que pratica furto de veículo, cujo proprietário adentrou a um estabelecimento comercial próximo para fazer compras, deixando seu carro estacionado em via pública, com as janelas abertas, as portas destravadas e a chave na ignição, numa região onde isso não costuma ocorrer. A censurabilidade, portanto, de sua conduta é menor do que a do ladrão que premedita o furto de um automóvel.

Desse modo, quando o comportamento da vítima contribuiu para a prática do delito, esta circunstância será valorada pelo Juiz a favor do condenado. Ao revés, se não contribuiu, lhe será desfavorável.

Contudo, deve o Magistrado ficar atento às espécies de delitos em que, por sua natureza, a vítima nunca poderá provocar o agente. Nesses casos deve ser ignorada essa circunstância judicial para fins de recrudescimento da pena.

Exemplo disso ocorre nos delitos de sonegação fiscal e de uso de substância entorpecente, onde a vítima (Fazenda Pública e coletividade, respectivamente) não tem qualquer possibilidade fática de provocar ou facilitar a conduta do agente.

Finalmente, há que se observar que provocação da vítima não se confunde com agressão. A agressão da vítima, na maioria das vezes, poderá gerar situação de legítima defesa, o que ocasionará a exclusão da ilicitude, sem que se chegue, portanto, à aplicação de uma pena.

Haverá casos, ainda, em que a injusta provocação da vítima caracterizará causa de diminuição de pena, a ser sopesada somente na terceira etapa da dosimetria, como ocorre no homicídio (art. 121, §1º, do CP) e nas lesões corporais (art. 129, §4º, do CP).

5. CRÍTICAS A INSTRUÇÃO PENAL NO BRASIL

De tudo o exposto no corrente trabalho, podemos verificar que o legislador brasileiro tem buscado, baseado na tendência comum ao cenário penal mundial, impor regras e limites ao magistrado quanto a dosimetria penal.

Verificamos que com a reforma do código de processo penal de 1984, seu art. 68, obedecendo à norma constitucional que obriga a lei a regular a individualização da pena, estabelece um sistema de dosimetria penal considerando

todas as circunstâncias pessoais e objetivas que cercam o autor e o fato praticado. Tal sistema chama-se Trifásico – ou de Hungria – e se mostrou mais eficiente que o processo anterior ao passo que dividiu a fixação do quantum em três fases distintas, evitando a apreciação simultânea de muitas circunstâncias de espécies diversas, como ocorria antes de sua adoção.

Assim procedendo, pretende alcançar a imposição de uma pena justa, individualizada de acordo com a culpabilidade do réu e obedecendo aos princípios constitucionais da proporcionalidade e legalidade.

Porém, de nada adiantariam as regras se não houvesse a certeza que sua aplicação se daria a contento. E cuidou o legislador penal brasileiro, também, de garantir que os magistrados fariam bom uso das regras de dosimetria, alcançando, assim, a objetivo desejado: a individualização da sanção.

Normatizado o processo de dosimetria penal, cabe ao juiz fazer incidir sobre os fatos levados a sua cognição, as circunstâncias de fixação penal que acreditar aplicáveis.

Todavia, essa liberdade de apreciação dos fatos da causa, ou seja, da formação de seu convencimento, é ilimitada, encontrando no Direito a necessidade de fundamentação.

Nesse sentido, o art. 384 do Código de Processo Penal Brasileiro determina que ao condenar o acusado, além de obedecer aos requisitos formais referentes a motivação, deve o julgador fundamentar a aplicação da pena não só quanto a gravidade do crime, mas também com relação às circunstâncias reais e pessoais do réu atendendo, assim, aos princípios da correlação e individualização da pena.

É, portanto, mediante a motivação que o magistrado pronunciante de ato decisório mostra como apreendeu os fatos e interpretou a lei que sobre eles incide, propiciando, com a indispensável clareza, lógica e precisão, a perfeita compreensão da abordagem de todos os pontos questionados e, conseqüente e precipuamente, a conclusão atingida.

Numa visão geral de tais preceitos, poderíamos acreditar não existir problemas quanto a dosimetria penal no Direito Brasileiro. Há boas normas a serem seguidas e os aplicadores do direito com uma liberdade de atuação limitada pela segurança jurídica.

Infelizmente, o que constatamos é justamente o oposto. A falência dos órgãos públicos, inclusive do judiciário, acarreta profunda mácula aos princípios constitucionais e a busca da garantia de proteção social.

A falta de recursos e investimentos efetivos como também a ausência de comprometimento de muitos dos membros que deveriam usar a justiça como forma de garantia da paz social e, não, ferramenta para obtenção de vantagens, resulta na crescente perda de legitimidade do sistema penal, incapaz de justificar o seu grau de seletividade e a sua incapacidade de dar resposta ao sentimento de insegurança e impunidade da maioria da população.

Conta para agravar este quadro a falta de comprometimento de muitos dos membros que assumem funções na esfera judicial, assim como o virtuoso número de profissionais despreparados ou desatualizados, inertes na busca por reciclagem.

As dificuldades aumentam diante a crise instrução penal brasileira, não permitindo ao juiz basear suas decisões em processos munidos informações precisas e provas necessárias para correto procedimento do cálculo penal. Nem

sempre os processos têm os elementos indispensáveis à análise das circunstâncias judiciais, por isso a tarefa do juiz se torna ainda mais difícil.

Mesmo nos restringindo a apenas uma das fases do sistema dosimétrico, qual seja a fixação da pena-base, tema principal deste trabalho, verificamos que na maioria dos processos criminais submetidos à apreciação do Poder Judiciário inexistem uma correta avaliação da culpabilidade, das circunstâncias que influenciam na aplicação das penas.

Inexistentes elementos suficientes, porquanto não investigados adequadamente, não há uma correta aferição da culpabilidade, da conduta social, da personalidade do agente, dos motivos, das circunstâncias e conseqüências do crime, de maneira que a individualização da pena torna-se falha, desatendendo o espírito do legislador infraconstitucional e também a regra constitucional asseguradora de tal direito público subjetivo.

A aferição das circunstâncias judiciais do art. 59 se dão, na maioria absoluta das vezes, através, exclusivamente, da prova testemunhal, não fazendo uso, o magistrado, das provas periciais, dos laudos técnicos, exames laboratoriais, e qualquer outros necessários para a verificação efetiva e precisa dos requisitos de fixação, resumindo-se a instrução penal a um “disse-me-disse” que servirá como base de convencimento.

Podemos exemplificar a ineficiência da prova testemunhal no caso da aferição de circunstâncias como “a personalidade do agente”. Trata-se tal circunstância de um registro das qualidades morais, a boa ou má índole, o sentido moral do criminoso, bem como sua agressividade e o antagonismo de seu caráter.

Ora! Não ser que calhe do magistrado ter avançados estudos nas áreas de Psicologia e Psiquiatria, tendo meios de realizar exames apurados no acusa-

do, nunca irá o juiz regular, de conhecimentos restritos a área jurídica, poder aferir com exatidão tal características tão específicas.

Quando utiliza-se de depoimentos e narrativas para formar um convencimento quanto a tais características, não está o juiz garantindo ao réu o direito de ter sua culpa aferida em todas as nuances que a lei prevê, representando uma nulidade insanável.

Aliás, é crescente o número de sentenças passíveis de nulidade devido a falta de fundamentação, equilíbrio e seriedade processuais, burlando o princípio da verdade real e atravancando ainda mais a máquina judicial que já anda bamba.

O resultado é a progressiva perda de legitimidade do sistema penal, incapaz de justificar o seu grau de seletividade e a sua incapacidade de dar resposta ao sentimento de insegurança e impunidade da maioria da população.

No que pesem as críticas ao assunto, a legislação penal, mesmo que falha em diversos momentos, nos dá boas ferramentas para que a mudança esperada aconteça. Basta encontramos aquele que as utilizem com o escopo único de se perseguir a justiça.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho buscou, baseado na doutrina, jurisprudência e exemplos práticos, esmiuçar os pontos referentes a fixação da reprimenda-base no ordenamento penal brasileiro, fazendo-o através da análise de cada uma das circunstâncias do art. 59 do CPB que cuida de sua individualização.

Verificamos a gradual evolução do direito penal, buscando aprimorar suas normas a fim de substituir um sistema baseado na crueldade da punição estatal

por uma resposta mais humana, proporcional e justa na medida da culpabilidade do agente.

Vimos que grande passo no sentido de individualização da pena demos com a utilização do sistema trifásico de dosimetria da reprimenda pelo ordenamento jurídico brasileiro, que adotou, em sua primeira fase, oito circunstâncias judiciais – culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos, circunstâncias, conseqüências e papel da vítima no crime - objetivando adequar ao máximo a resposta penal ao agente do ilícito e a sua participação no mesmo.

Analisada cada uma das circunstâncias, esposamos seu significado, suas características e como sua aferição deve incidir na determinação da pena-base.

No que pese dúvidas quanto a efetividade de aplicação de algumas dessas circunstâncias – referentes aos antecedentes, conduta social e personalidade do agente, entendidas como uma extensão da culpabilidade e não circunstâncias autônomas - podemos concluir pelo avanços humanitários delineados pelo art. 59 do CPB.

Porém, constatamos que muitas são as sentenças condenatórias nas quais não vislumbramos a correta avaliação dos quesitos judiciais – seja por deficiência da instrução penal, seja por descuido do juiz - convergindo para penas desrazoadas e eivadas de nulidade, que representam mais que um desrespeito ao réu, mas, principalmente, um atentado contra à efetivação da justiça perquirida por nosso ordenamento penal.

No entanto, acreditamos que levados a contento tais requisitos de fixação da pena-base, passos cada vez mais largos daremos em busca da efetivação de um sistema criminal baseado nos mais puros e humanos princípios

constitucionais e na proteção da dignidade do ser humano. Os instrumentos a lei nos deu, basta cuidar de utilizá-los.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. São Paulo. Martin Claret, 2001
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal**. 7ª ed. São Paulo. Saraiva, 2002
- BRASIL. Código Penal (1940). **Código Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro, Senado, 2005.

- _____. Código de Processo Penal (1941). **Código de Processo Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro, Senado, 2005.
- _____. Constituição (1998). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 2005
- **CAPEZ, Fernando**. Curso de Processo penal. **São Paulo. Saraiva, 2003**
- DELMANTO, Celso. **Código Penal Comentado**. 6.^a Ed. Rio de Janeiro : Renovar, 2.002.
- FERREIRA, Gilberto. **Aplicação da Pena**. 1. ed. Forense: Rio de Janeiro, 1995, p.21.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**. 16. ed. Forense: Rio de Janeiro, 2003, p.404.
- GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Impetus, 2005.
- HUNGRIA, Nelson,. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro, Forense. 1981, p. 476-477. vol. V.
- JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal**. 25^a Ed. São Paulo. Saraiva, 2002.
- KEUHNE, Maurício. **Teoria e prática da aplicação da pena**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2002, p. 42.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código de Processo Penal Interpretado, referências bibliográficas, indicações legais e resenhas jurisprudenciais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2002.
- _____. **Código Penal Interpretado**. 4^a Ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- _____. **Manual de Direito Penal – Parte Geral**. São Paulo. Atlas, 2005
- **NORONHA, E. Magalhães**. Direito Penal. São Paulo, Saraiva, 1993

- **STOCO , Rui . Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial.** 7ª edição. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2001.
- **TELES, Ney Moura.** Direito Penal – Parte Geral. **V. II, São Paulo. Atlas, 2004.**
- **ZAFFARONI, Eugênio Raul e PIERANGELI, José Henrique.** Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral. **São Paulo. Revista dos Tribunais, 2004.**
- **MARCÃO, Renato.** Rediscutindo os Fins da Pena. **Disponível em www.jusnavegandi.com.br.**
- **BITTENCOURT, Paulo Fernando Bacellar.** A aplicação da pena segundo critérios matemáticos. **Disponível em www.jusnavegandi.com.br.**
- **SOARES, Fabrício Antônio.** Critérios para fixação da pena-base e da pena provisória. **Disponível em www.jusnavegandi.com.br.**
- **VIANA, Túlio Lima.** Roteiro didático de fixação das penas. **Disponível em www.datavenia.net.**
- **GOMES, Luiz Flávio.** Reforma Penal – Súmula do STJ está em conflito com direito vigente. **Disponível em www.conjur.estadao.com.br**
- **JESUS, Damásio de.** O Juiz pode, em face das circunstâncias atenuantes genéricas, fixar a pena aquém do mínimo legal abstrato? **Disponível em www.damasio.com.br.**
- **CERQUEIRA, Josemar Dias.** Dosimetria da Pena: História e Direito Comparado. **Disponível em www.prolegis.com.br**

- **COLLE, Juliana de Andrade.** Critérios para a valoração das circunstâncias judiciais (art. 59, do CP) na dosimetria da pena. **Disponível em www.jusnavegandi.com.br**

ANEXO

2005.51.01.503399-1 21000 - AÇÕES PENAIS
Autuado em 06/04/2005 -
AUTOR: MINISTERIO PUBLICO FEDERAL
ADVOGADO: SEM ADVOGADO
REU: GILBERTO LINHARES TEIXEIRA E OUTROS

ADVOGADO: LUIZ CARLOS DA SILVA NETO E OUTROS
6ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro - ANA PAULA VIEIRA DE CARVALHO
Juiz - Sentença: ANA PAULA VIEIRA DE CARVALHO
Objetos: PECULATO; CRIME CONTRA A INCOLUMIDADE E A PAZ PUBLICA

Concluso ao Juiz (a) ANA PAULA VIEIRA DE CARVALHO em 17/04/2006 para Sentença SEM
LIMINAR por JRJRPB

SENTENÇA TIPO: D - CONDENATÓRIAS E ABSOVIÓRIAS, REJEIÇÃO DE QUEIXAS (ART.43) E DENÚNCIA (ART. 46) LIVRO 45 REGISTRO NR. 000001/2006 FOLHA 01/358

POR TODO O EXPOSTO, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE O PEDIDO FORMULADO PELO PARQUET PARA:

1. Reconhecer a inépcia da denúncia quanto ao fato no. 1, imputado a GILBERTO LINHARES e as imputações de assinatura de cheques elencadas nos anexos do laudo 746/04, quanto a IVA e NELSON, nos limites gizados no corpo da sentença;
2. Afastar as imputações constantes dos fatos 1, 10, 11, 12, 15 e 16, por bis in idem;
3. Absolver o acusado GILBERTO LINHARES TEIXEIRA das imputações constantes dos fatos 7,17, 18, 19, 20, 21, 29, 30, 37 e 38, com fulcro no art. 386, VI do CPP e a de no. 35, com fulcro no art. 386 III do CPP;
4. Absolver o acusado NELSON PARREIRAS da imputação referente à prestação de serviços de assessoria, por força do art. 386, incs. VI do CPP;
5. Absolver o réu WALTER RANGEL da imputação referente à contratação da empresa CONSULTARE pelo COFEN, com fulcro no art. 386, VI do CPP;
6. Condenar o réu GILBERTO LINHARES nas penas do art. 312 (234 vezes) c/c art. 71 do CP, em concurso material com os delitos de lavagem de dinheiro (art. 1º, inc. V, e p. 4º. da Lei 9613/98), interceptação clandestina de conversas telefônicas (art. 10 da Lei 9296/96) e quadrilha ou bando(art. 288 do CP);
7. Condenar o réu NELSON PARREIRAS nas penas do art. 312 do CP, em concurso material como delito de quadrilha ou bando (art. 288 do CP);
8. Condenar o réu JOÃO AURELIANO AMORIM SENNA nas penas do art. 312 (8 vezes) c/c art.71 do CP, em concurso material com o delito de quadrilha ou bando (art. 288 do CP)
9. Condenar a ré IVA MARIA nas penas do art. 312 (17 vezes) c/c art. 71 do CP, em concurso material com o delito de quadrilha ou bando (art. 288 do CP).
10. Condenar o réu WALTER RANGEL nas penas do art. 312 (54 vezes) c/c art. 71 do CP, em concurso material com o delito de quadrilha ou bando (art. 288 do CP).

Passo à individualização das penas.

Passo à individualização da pena de GILBERTO LINHARES. Quanto ao crime previsto no art. 312 do CP, o réu é tecnicamente primário e não ostenta antecedentes. No que tange à culpabilidade, tem formação superior e perfeita consciência da gravidade da conduta perpetrada. Homem carismático e sagaz, GILBERTO LINHARES demonstrou, ao longo desta ação penal, ser extremamente ambicioso e capaz de utilizar-se de quaisquer meios para a obtenção de seus objetivos pessoais. Valia-se escancaradamente dos recursos do COFEN como se de recursos próprios se tratassem, permitindo assim seu enriquecimento pessoal e uma vida nababesca, assim como via na autarquia um trampolim que lhe permitiria o ingresso na vida pública brasileira através do parlamento. Não hesitou em afastar e perseguir seus opositores políticos, como se vê em relação à testemunha MARIA LÚCIA, muitas vezes ameaçada e hoje com escolta policial no Estado do Pará. As circunstâncias e conseqüências do crime são-lhe também desfavoráveis, haja vista o volume de recursos públicos desviado em relação ao peculato mais grave da cadeia, que ora se toma em conta (pagamento feito na TP 42/2002, com desvio de cerca de trezentos e cinqüenta e oito mil reais, mencionado no quesito 5 do laudo 6263/04 e objeto do fato 14), bem como a gravidade dos meios utilizados, qual seja, fraude em licitações. Em sendo assim, atendendo à personalidade, motivos e circunstâncias do crime, fixo a pena-base acima do mínimo legal, em 4 anos de reclusão e quarenta e oito dias-multa. Na segunda fase, reconheço aplicável a agravante prevista no art. 62, I do CP, vez que nitidamente cabia a GILBERTO o papel de organizador de todas as atividades ilícitas ocorridas no seio da autarquia a partir do início da década de 90, quando assumiu a Presidência pela primeira vez, obtendo assim a pena de 4 anos e seis meses de reclusão e cinqüenta e quatro dias-multa. Por fim, tendo sido reconhecida a continuidade delitiva, faço aplicar a causa de aumento prevista no art. 71 do CP, no quantum de dois terços, em vista do número de crimes praticados (234), obtendo assim a pena definitiva de sete anos e seis meses de reclusão, e noventa dias-multa, no valor unitário de cinco salários mínimos, por se tratar de réu com excelente situação financeira, segundo testa sua qualificação de fls. 2335, pena esta que torno definitiva. Quanto ao crime previsto no art. 10 da Lei 9296/96, deixo de repetir, por desnecessário, as circunstâncias subjetivas acima elencadas, já tidas como desfavoráveis. As circunstâncias e conseqüências do crime são-lhe também desfavoráveis, sendo repugnante verificar que mantinha o controle dos funcionários públicos que comandava na autarquia através de métodos escusos como a interceptação clandestina de conversas telefônicas. Em sendo assim, atendendo à personalidade, motivos e circunstâncias do crime, fixo a pena-base acima do mínimo legal, em dois anos e seis meses de reclusão e trinta dias-multa, no valor unitário de cinco salários mínimos, por se tratar de réu com excelente situação financeira, segundo atesta sua qualificação de fls.2335, pena esta que torno definitiva, ante a inexistência de outras causas que a aumentem ou diminuam. Quanto ao crime previsto no art. 1º. da Lei 9613/98, deixo de repetir, por desnecessário, as circunstâncias subjetivas acima elencadas, já tidas como desfavoráveis. As circunstâncias e conseqüências do crime são-lhe também desfavoráveis, notadamente os variados métodos empregados para lavagem do valor desviado da autarquia, quais sejam o repasse aos destinatários finais via fornecedores e a utilização de laranjas para movimentação de altos valores em instituições financeiras, razão pela qual fixo a pena-base acima do mínimo legal, em, em três anos e seis meses de reclusão e quarenta e dois dias-multa, no valor unitário de cinco salários mínimos. Na segunda fase, reconheço aplicável a

agravante prevista no art. 62, I do CP, vez que nitidamente cabia a GILBERTO o papel de organizador de todas as atividades ilícitas ocorridas no seio da autarquia a partir do início da década de 90, quando assumiu a Presidência pela primeira vez, obtendo assim a pena de quatro anos de reclusão e quarenta e oito dias-multa. Por fim, faço incidir a causa de aumento prevista no p. 4º do art. 1º da Lei de Lavagem, por ter sido reconhecida a habitualidade do crime, bem como a inserção em um contexto de atuação de uma organização criminosa, no quantum de dois terços, porque verificadas ambas as hipóteses previstas no dispositivo legal, obtendo assim a pena definitiva de seis anos e oito meses de reclusão, e oitenta dias-multa, no valor unitário de cinco salários mínimos, por se tratar de réu com excelente situação financeira, segundo atesta sua qualificação de fls 2335, pena esta que torno definitiva, ante a inexistência de outras causas que a aumentem ou diminuam. Quanto ao crime previsto no art. 288 do CP deixo de repetir, por desnecessário, as circunstâncias subjetivas acima elencadas, já tidas como desfavoráveis, sendo de salientar o destacado papel que lhe cabia, eis que claramente liderava toda a estrutura criminosa que arquitetou. As circunstâncias e conseqüências do crime são-lhe também desfavoráveis, dada a natureza altamente organizada da quadrilha, bem como a sofisticação dos métodos empregados, já amplamente analisados neste *decisum*. Em sendo assim, atendendo à personalidade, motivos e circunstâncias do crime, fixo a pena-base acima do mínimo legal, em três anos de reclusão, pena esta que torno definitiva, ante a inexistência de outras causas que a aumentem ou diminuam. Os quatro crimes estão, em meu sentir, em concurso material, haja vista que decorreram de ações distintas, separadas no tempo e no espaço. Em sendo assim, e seguindo os ditames do art. 69 do CP, procedo à soma de penas, obtendo assim a pena definitiva de dezenove anos e oito meses de reclusão e duzentos dias-multa, no valor unitário de cinco salários mínimos, por se tratar de réu com excelente situação financeira, segundo atesta sua qualificação de fls 2335, pena esta que torno definitiva, ante a inexistência de outras causas que a aumentem ou diminuam. O regime inicial de cumprimento de pena será o fechado.

Passo à individualização da pena de NELSON PARREIRAS. Quanto ao crime previsto no art. 312 do CP, o réu é primário e não ostenta antecedentes. No que tange à culpabilidade, tem formação superior e perfeita consciência da gravidade da conduta perpetrada. Quanto às circunstâncias e conseqüências do crime, verifico que o peculato por ele mais grave perpetrado e reconhecido nesta sentença envolveu valores de menor porte (cerca de dezoito mil reais, segundo anexo 7 do laudo 746), sobretudo em se considerando o contexto em que estava inserido. Em sendo assim, fixo a pena-base pouco acima do mínimo legal, em dois anos e seis meses de reclusão e trinta dias-multa. Inexistindo agravantes ou atenuantes aplicáveis á espécie, faço incidir a causa de aumento prevista no art. 71 do CP, que fixo no quantum mínimo de 1/6, em vista do número de crimes praticados (2) obtendo assim a pena definitiva de dois anos e onze meses de reclusão, que fixo no valor unitário de meio salário mínimo, por se tratar de réu de classe média, como atesta sua qualificação de fls. 1607, pena esta que torno definitiva, ante a inexistência de outras causas que a aumentem ou diminuam. Quanto ao crime previsto no art. 288 do CP, deixo de repetir, por desnecessário, as circunstâncias subjetivas acima elencadas, sendo certo que NELSON tinha importante papel na organização, como aliás deixou claro seu envolvimento no episódio de afastamento de MARIA LÚCIA e a ocupação da Presidência da autarquia por vários meses consecutivos. As circunstâncias e conseqüências do crime são-lhe também

desfavoráveis, dada a natureza altamente organizada da quadrilha, bem como a sofisticação dos métodos empregados, já amplamente analisados neste *decisum*. Em sendo assim, atendendo à personalidade, motivos e circunstâncias do crime, fixo a pena-base acima do mínimo legal, em dois anos de reclusão, pena esta que torno definitiva, ante a inexistência de outras causas que a aumentem ou diminuam. Os dois crimes estão, em meu sentir, em concurso material, haja vista que decorreram de ações distintas, separadas no tempo e no espaço. Em sendo assim, e seguindo os ditames do art. 69 do CP, procedo à soma de penas, obtendo assim a pena definitiva de quatro anos e onze meses de reclusão e trinta e cinco dias-multa, no valor unitário de meio salário mínimo, por se tratar de réu de classe média, como atesta sua qualificação. O regime inicial de cumprimento de pena será o semi-aberto.

Passo à individualização da pena de IVA MARIA. Quanto ao crime previsto no art. 312 do CP, a ré é primária e não ostenta antecedentes. No que tange à culpabilidade, tem formação superior e perfeita consciência da gravidade da conduta perpetrada. As circunstâncias e conseqüências do crime são-lhe também desfavoráveis, haja vista o volume de recursos públicos desviado em relação ao peculato mais grave da cadeia, que ora se toma em conta (pagamento de vinte e nove mil reais à INFLOPLAN), bem como a gravidade dos meios utilizados, qual seja, a fraude em licitações. Em sendo assim, atendendo à personalidade, motivos e circunstâncias do crime, fixo a pena-base acima do mínimo legal, em 3 anos de reclusão e trinta e seis dias-multa. Inexistentes agravantes ou atenuantes aplicáveis, faço aplicar a causa de aumento prevista no art. 71 do CP, no quantum de dois terços, em vista do número de crimes praticados (dezessete), obtendo assim a pena definitiva de cinco anos de reclusão e sessenta dias-multa, no valor unitário de meio salário mínimo, por se tratar de ré de classe média, segundo atesta sua qualificação de fls. 2409, pena esta que torno definitiva. Quanto ao crime previsto no art. 288 do CP, deixo de repetir, por desnecessário, as circunstâncias subjetivas acima elencadas, sendo certo que IVA tinha destacado papel na organização, como, aliás, deixou claro seu envolvimento no episódio de afastamento de MARIA LÚCIA e a ocupação da Presidência da autarquia por vários meses consecutivos. As circunstâncias e conseqüências do crime são-lhe também desfavoráveis, dada a natureza altamente organizada da quadrilha, bem como a sofisticação dos métodos empregados, já amplamente analisados neste *decisum*. Em sendo assim, atendendo à personalidade, motivos e circunstâncias do crime, fixo a pena-base acima do mínimo legal, em dois anos de reclusão, pena esta que torno definitiva, ante a inexistência de outras causas que a aumentem ou diminuam. Os dois crimes estão, em meu sentir, em concurso material, haja vista que decorreram de ações distintas, separadas no tempo e no espaço. Em sendo assim, e seguindo os ditames do art. 69 do CP, procedo à soma de penas, obtendo assim a pena definitiva de sete anos de reclusão e sessenta dias-multa, no valor unitário de meio salário mínimo, por se tratar de réu de classe média, como atesta sua qualificação. O regime inicial de cumprimento de pena será o semi-aberto. Passo à individualização da pena de JOÃO AURELIANO; Quanto ao crime previsto no art. 312 do CP, o réu é primário e não ostenta antecedentes. No que tange à culpabilidade, tem formação superior e perfeita consciência da gravidade da conduta perpetrada. As circunstâncias e conseqüências do crime são-lhe também desfavoráveis, haja vista o volume de recursos públicos desviados em relação ao peculato mais grave da cadeia, que ora se toma em conta (pagamento de cerca de quarenta e sete mil reais feito à MS DE

SENA, constante do quesito 17-4 do laudo 746), bem como a gravidade dos meios utilizados, qual seja, fraude em licitações. Em sendo assim, atendendo à personalidade, motivos e circunstâncias do crime, fixo a pena-base acima do mínimo legal, em 3 anos de reclusão e trinta e seis dias-multa. Inexistentes agravantes ou atenuantes aplicáveis, faço aplicar a causa de aumento prevista no art. 71 do CP, no quantum de metade, em vista do número de crimes praticados (oito), obtendo assim a pena definitiva de quatro anos e seis meses de reclusão e cinquenta e quatro dias-multa, no valor unitário de meio salário mínimo, por se tratar de pessoa de classe média, segundo atesta sua qualificação de fls. 1947, pena esta que torno definitiva. Quanto ao crime previsto no art. 288 do CP, deixo de repetir, por desnecessário, as circunstâncias subjetivas acima elencadas, sendo certo que JOÃO AURELIANO tinha importante papel na organização, como, aliás, deixou claro com a assunção da Vice-Presidência na última gestão de GLBERTO LINHARES. As circunstâncias e conseqüências do crime são-lhe também desfavoráveis, dada a natureza altamente organizada da quadrilha, bem como a sofisticação dos métodos empregados, já amplamente analisados neste *decisum*. Em sendo assim, atendendo à personalidade, motivos e circunstâncias do crime, fixo a pena-base acima do mínimo legal, em dois anos de reclusão, pena esta que torno definitiva, ante a inexistência de outras causas que a aumentem ou diminuam. Os dois crimes estão, em meu sentir, em concurso material, haja vista que decorreram de ações distintas, separadas no tempo e no espaço. Em sendo assim, e seguindo os ditames do art. 69 do CP, procedo à soma de penas, obtendo assim a pena definitiva de seis anos e seis meses de reclusão e cinquenta e quatro dias-multa, no valor unitário de meio salário mínimo, por se tratar de réu de classe média, como atesta sua qualificação. O regime inicial de cumprimento de pena será o semi-aberto.

Passo à individualização da pena de WALTER RANGEL; Quanto ao crime previsto no art. 312 do CP, o réu é primário e não ostenta antecedentes. No que tange à culpabilidade, tem formação superior e perfeita consciência da gravidade da conduta perpetrada. As circunstâncias e conseqüências do crime são-lhe também desfavoráveis, haja vista o volume de recursos públicos desviados em relação ao peculato mais grave da cadeia, que ora se toma em conta (pagamento feito na TP 42/2002, com desvio de cerca de trezentos e cinquenta e oito mil reais, mencionado no quesito 5 do laudo 6263/04 e objeto do fato 14), bem como a gravidade dos meios utilizados, qual seja, fraude em licitações. Em sendo assim, atendendo à personalidade, motivos e circunstâncias do crime, fixo a pena-base acima do mínimo legal, em 3 anos de reclusão e trinta e seis dias-multa. Cuidando-se de réu que notoriamente conta com mais de setenta anos, faço incidir a atenuante prevista no art. 65, I do CP, reduzindo assim a pena para dois anos e seis meses de reclusão e trinta dias-multa. Por fim, faço aplicar a causa de aumento prevista no art. 71 do CP, no quantum de dois terços, em vista do número de crimes praticados (54), obtendo assim a pena definitiva de quatro anos e dois meses de reclusão e cinquenta dias-multa, no valor unitário de meio salário mínimo, por se tratar de pessoa de classe média, segundo atesta sua qualificação de fls 1960, pena esta que torno definitiva. Quanto ao crime previsto no art. 288 do CP, deixo de repetir, por desnecessário, as circunstâncias subjetivas acima elencadas, sendo certo que WALTER tinha destacadíssimo papel na organização criminosa, por se o responsável pela contabilidade da autarquia em toda a era GILBERTO LINHARES, loca que pode ser considerado o coração das fraudes. As

circunstâncias e conseqüências do crime são-lhe também desfavoráveis, dada a natureza altamente organizada da quadrilha, bem como a sofisticação dos métodos empregados, já amplamente analisados neste *decisum*. Em sendo assim, atendendo à personalidade, motivos e circunstâncias do crime, fixo a pena-base acima do mínimo legal, em dois e seis meses de reclusão. Tendo em vista cuidar-se de réu acima de setenta anos, faço aplicar a atenuante prevista no art. 65, I do CP, obtendo assim a pena de dois anos de reclusão, pena esta que torno definitiva, ante a inexistência de outras causas que a aumentem ou diminuam. Os dois crimes estão, em meu sentir, em concurso material, haja vista que decorreram de ações distintas, separadas no tempo e no espaço. Em sendo assim, e seguindo os ditames do art. 69 do CP, procedo à soma de penas, obtendo assim a pena definitiva de seis anos e dois meses de reclusão e cinquenta dias-multa, no valor unitário de meio salário mínimo, por se tratar de réu de classe média, como atesta sua qualificação. O regime inicial de cumprimento de pena será o semi-aberto.

Vedo-lhes o direito de recorrer em liberdade, por persistirem as razões que os mantiveram presos até o momento com exceção da acusada IVA, libertada no curso da ação penal.

Dado o grande número de laudos periciais realizados, dentre laudos contábeis, de local e grafotécnicos, determino seja formado um apenso com cópias de todos eles, a fim de facilitar o manuseio quando do julgamento da causa em outras instâncias.

Por fim, revogo o segredo de justiça anteriormente decretado, porque a natureza pública do dinheiro desviado, bem como o interesse público relacionado à informação sobre fatos que envolvem toda uma categoria profissional não autoriza seja afastada a regra geral de publicidade do processo.

Determino a extração de cópias e remessa ao MPF do depoimento da testemunha MARIA CRISTINA GONDIM, para apuração do crime de falso testemunho.

Condeno os réus, ainda, ao pagamento das custas, pro - rata. Com o trânsito em julgado, proceda-se na forma do provimento 001/01 da Egrégia Corregedoria do TRF.

P.R.I.