

**ESCOLA DA MAGISTRATURA DO PARANÁ
XXVI CURSO DE PREPARAÇÃO À MAGISTRATURA
NÚCLEO DE CURITIBA**

CRISTIANE FERREIRA DA MAIA CRUZ

**APLICAÇÃO DA PENA-BASE E
A HERMENÊUTICA DO ART. 59 DO CÓDIGO PENAL**

**CURITIBA
2008**

CRISTIANE FERREIRA DA MAIA CRUZ

**APLICAÇÃO DA PENA-BASE E
A HERMENÊUTICA DO ART. 59 DO CÓDIGO PENAL**

Monografia apresentada como requisito parcial para a conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização, Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba.

Orientador de conteúdo o Prof. Mário Helton Jorge.

**CURITIBA
2008**

TERMO DE APROVAÇÃO**CRISTIANE FERREIRA DA MAIA CRUZ****APLICAÇÃO DA PENA-BASE E
A HERMENÊUTICA DO ART. 59 DO CÓDIGO PENAL**

Monografia aprovada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização, Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba, pela seguinte banca examinadora:

Orientador: _____

Avaliador: _____

Curitiba, 29 de outubro de 2008.

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho às pessoas mais importantes da minha vida:

Ao meu Marido, com quem sonhava mesmo antes de conhecer, e que luta e sonha com o meu sucesso profissional e pessoal, e quem, certamente, estará ao meu lado por toda a vida.

À minha Mãe, que também sempre lutou e sonhou com o meu sucesso.

AGRADECIMENTOS

A todos os professores do Curso de Preparação a Magistratura, em especial ao meu Orientador Prof. Mário Helton Jorge, quem dedicou tempo precioso me orientando na elaboração do presente trabalho.

EPÍGRAFE

“(...) O critério da verdadeira justiça é de fato o de se querer para os outros aquilo eu se quer para si mesmo, e não de querer para si o que se deseja para os outros, o que não é a mesma coisa.

Deus pôs no coração do homem a regra de toda a verdadeira justiça, pelo desejo que cada um de ver os seus direitos respeitados. Na incerteza o que se deve fazer para o semelhante, em dada circunstância, que o homem pergunte a si mesmo como desejaria que agissem com ele. Deus não lhe desejaria dar um guia mais seguro que sua própria consciência.”

Allan Kardec *in* O Livro dos Espíritos:
filosofia Espiritualista.

SUMÁRIO

RESUMO	08
1 INTRODUÇÃO	09
2 PENA	13
2.1 ETIMOLOGIA DA PALAVRA PENA.....	13
2.2 CONCEITO DE PENA.....	13
2.3 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA ORIGEM DA PENA.....	16
2.4 FUNDAMENTOS E FINALIDADES DAS PENAS.....	27
24.1 Teorias sobre fins ou funções da pena.....	27
2.4.1.1 Teorias Absolutas.....	29
2.4.1.2 Teorias Relativas.....	36
2.4.1.3 Teorias Mistas.....	47
2.4.1.4 A influência das teorias sobre fundamentos e finalidades da pena no direito penal brasileiro.....	52
3 DOSIMETRIA DA PENA	56
4 INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA	58
4.1 Conceito e importância.....	58
4.1.1 Princípio da Legalidade.....	63
4.1.2 Princípio da Isonomia.....	64
4.1.3 Princípio da Proporcionalidade.....	66
4.1.4 Princípio da Responsabilidade Pessoal e da Culpabilidade.....	68
4.1.5 Princípio da Humanidade.....	69
5. SISTEMA TRIFÁSICO DE APLICAÇÃO DA PENA	71
5.1 Evolução histórica do Direito Penal Brasileiro.....	71
5.2 Método utilizado no Brasil.....	74
6 APLICAÇÃO DA PENA-BASE	79
6.1 CONCEITO DE PENA-BASE.....	79
6.2 CIRCUNSTÂNCIAS.....	81
6.2.1 Conceito.....	81
6.2.2 Espécies de circunstâncias.....	83

6.3 CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS	85
6.3.1 Conceito	85
6.3.2 Espécies de circunstâncias judiciais	86
6.3.2.1 A culpabilidade	86
6.3.2.2 Os antecedentes	97
6.3.2.3 A conduta social	115
6.3.2.4 A personalidade.....	121
6.3.2.5 Os motivos do crime.....	128
6.3.2.6 As circunstâncias do crime.....	132
6.3.2.7 As conseqüências do crime.....	135
6.3.2.8 O comportamento da vítima.....	137
7 CRITÉRIOS A SEREM CONSIDERADOS PARA A FIXAÇÃO DA PENA- BASE.....	140
8 CONCLUSÃO.....	154
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	157

RESUMO

O presente trabalho monográfico tem a intenção de apurar quais são os critérios utilizados para a valoração das circunstâncias judiciais. A aplicação da pena-base, devido ao fato da mesma ter o poder de restringir uma das maiores garantias constitucionais, o direito à liberdade, vincula-se a um preciso conhecimento técnico para ser executada. Faz-se necessária a análise de cada uma das oito circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, devido ao fato de serem objeto de interpretação e discricionariedade do magistrado na fixação da pena, pois compreendem elementos intrínsecos ao agente, ao fato e à vítima. Desta feita, a partir do caso em concreto, deve ser feita uma análise criteriosa de cada circunstância judicial, chegando, dessa forma, numa correta e justa fixação da pena-base. Para tanto, foi realizada pesquisa bibliográfica, sendo adotado o método

Palavras-chave: Circunstâncias-judiciais; Dosimetria; Pena-base.

1 INTRODUÇÃO

A aplicação da pena-base e a correta hermenêutica do artigo 59 do Código Penal Brasileiro têm sido consideradas pelos juristas como o problema central do Direito Penal, razão pela qual tem sido objeto de estudos freqüentes por grandes juristas brasileiros, tendo em vista ainda os freqüentes erros na sua aplicação.

Talvez, por ser a aplicação da pena tema ordinariamente relegado a plano secundário, freqüentes são os erros quando da sua fixação.¹

Além disso, é nesse tema que existem profundas dificuldades em assimilar o burocrático sistema de fixação do “quantum” da pena privativa de liberdade e, não raro, encontramos advogados, juízes, promotores que cometem erros primários em razão do desconhecimento sobre o procedimento previsto no Código Penal.²

São inúmeros os casos em que o decreto condenatório apresenta erros na dosimetria da pena. O maior prejudicado é sempre o condenado: os erros dosimétricos na decisão penal significam, em regra, acréscimo em anos de cumprimento de pena.³

A maioria dos erros é devido à inobservância ou ao desconhecimento de critérios limitadores e garantistas, ocorrem na primeira etapa do sistema trifásico, onde o Juiz prolator da condenação deve analisar, criteriosamente, cada uma das oito

¹ QUEIROZ, Paulo. **Erros freqüentes na aplicação da pena**. Publicado em 08/2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3733>>. Acesso em 10 de maio de 2008.

² VIANNA, Túlio Lima. **Roteiro didático de fixação das penas**. Publicado em 08/2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3733>>. Acesso em 10 de maio de 2008.

³ COLLE, Juliana de Andrade. **Crítérios para a valoração das circunstâncias judiciais (art. 59, do CP) na dosimetria da pena**. Publicado em 30/01/2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6232>>. Acesso em: 10 de maio de 2008.

circunstâncias judiciais constantes do artigo 59 do Código Penal, individualizando-a para cada réu e para cada infração penal praticada.

Ademais, é na aplicação da pena que o juiz se revela. É nesta etapa que demonstra seu conhecimento, sua sapiência e, sobretudo, seu bom senso.⁴

A aplicação da pena é, possivelmente, o momento mais importante da sentença penal condenatória. É nela que o juiz dá efetivo cumprimento à norma constitucional insculpida no art. 5º, inciso XLVI, que revê a individualização da pena.⁵

Por intermédio da individualização é que se dá a cada um o que é seu. A individualização da pena representa a aceitação do princípio da isonomia na justiça distributiva. Na dosimetria, devem ser observadas três fases. É o chamado critério trifásico proposto por Nelson Hungria, acolhido pela reforma penal de 1984.⁶

Assim sendo, o presente trabalho tem por intuito discorrer sobre o estudo da correta aplicação da pena-base que é um dos temas mais negligenciados no estudo do direito penal.

Inicialmente será desenvolvido um breve relato histórico acerca da origem da pena, o seu fundamento, sua finalidade e o seu limite, traçando um retrospecto desde o período da vingança privada, até o período atual. Da mesma forma será analisado o conceito de pena, o seu fundamento, sua finalidade e seu limite, à luz da doutrina e da jurisprudência.

⁴ Revestido do poder jurisdicional que o Estado lhe confere, exerce o *jus puniendi*, exteriorizando e concretizando a reprovação do ato praticado. E, uma vez proferida a decisão condenando o réu, esta deve ser devidamente fundamentada, caso contrário, estaria diante de um ato arbitrário realizado pelo juiz. Tendo em vista que a individualização da pena é uma garantia constitucional. FERREIRA, Gilberto. **Aplicação da Pena**. 1ª. ed. 5ª tiragem. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.48.

⁵ CARVALHO NETO, Inácio de. **Aplicação da Pena**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 1.

⁶ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 476-477. vol. V.

Além disso, será abordada a correta hermenêutica do artigo 59 do Código Penal como instrumento de controle da discricionariedade do magistrado. Analisando as regras norteadoras dos critérios de valoração das circunstâncias judiciais na dosimetria da pena, sobretudo a Constituição Federal e o Código Penal.

Será explicado ainda como o sistema trifásico deve ser aplicado de acordo com a jurisprudência pátria e a doutrina. O método trifásico a ser trilhado pelo Juiz quando da fixação da pena, deve observar o princípio da fundamentação das decisões jurisdicionais.

No sistema trifásico, primeiramente, são analisadas as circunstâncias judiciais dispostas no “caput” do art. 59 do CP. Posteriormente, o magistrado verifica nos autos se há comprovação de alguma circunstância agravante, tipificadas nos art. 61 e 62 do Código Penal, ou atenuante, conforme art. 65 e 66 do referido código, atingindo uma pena provisória. Finalmente, cumpre ao magistrado a análise da ocorrência de eventuais causas especiais de aumento ou diminuição da pena, dispostas na Parte Geral e Especial Código Penal.⁷

O presente trabalho, tem o intuito único e exclusivo de tentar ajudar a esclarecer melhor a aplicação da pena e a correta hermenêutica do art. 59 do Código Penal.

É claro que a solução para tal problema não se resume à estrita observância do diploma legal no art. 59 do CP. Há diversos outros aspectos a serem considerados, tais como os valores e regras sociais.

É bom lembrar que desfazer um possível erro judiciário que, em se tratando de direito penal brasileiro, significa, na maioria das vezes, colocar um inocente sobre a

⁷ COLLE, Juliana de Andrade. Op. cit.

custódia do Estado, em cadeias ou penitenciárias, ou seja, ferir um dos maiores princípios fundamentais prescritos na Constituição Federal, o direito à liberdade.⁸

Por fim, será abordada a ocorrência de eventuais irregularidades processuais e sobre o sistema de nulidades processuais.

⁸ FERREIRA, Gilberto. Op. cit., p. 49.

2 PENA

2.1 ETIMOLOGIA DA PALAVRA PENA

Antes de conceituar o que é pena, primeiramente, cumpre buscar a origem etimológica dessa palavra.⁹ A origem da palavra pena segundo Gilberto Ferreira não tem um sentido exato.¹⁰ Para alguns doutrinadores seria proveniente do latim *poena*,¹¹ que significa castigo, expiação, punição, suplício, ou ainda do latim *punere* (por) e *pondus* (peso), no sentido de equilibrar, pesar, em face do equilíbrio dos pratos, que deve ter a balança da justiça. Para outros, teria origem grega *poiné*, significando trabalho, fadiga, sofrimento, de expiar, fazer o bem, corrigir. Além dessas possibilidades de origem, há ainda quem diga que derive da palavra *ultio* empregada na Lei das XII Tábuas para representar castigo como retribuição pelo mal praticado, a quem desrespeitar o mando da norma.¹²

2.2 CONCEITO DE PENA

O conceito de pena, segundo Damásio de Jesus, consiste em uma punição imposta pelo Estado ao delinqüente ou contraventor, em processo judicial de instrução

⁹ “A origem etimológica da palavra “pena”, vem do latim *poena*, significa castigo, suplício, mas isso não significa que os infratores devam ser desumanamente supliciados”. **As penas alternativas e a dignidade humana**. Publicado em 10/11/01. Disponível em: <<http://www.comciencia.br/reportagens/violencia/vio05.htm>>. Acessado em: 13 de agosto de 2008.

¹⁰ Op. cit., p. 3.

¹¹ Alberto Jorge Correia de Barros Lima afirma que, “etimologicamente, a palavra pena vem do latim, de *poena*, derivado do grego *poiné* (castigo, punição, sofrimento)”. LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros *apud* CARVALHO NETO, Inácio de, 2003, p. 4.

¹² FERREIRA, Gilberto. Op. cit., p. 3.

contraditória, por causa de crime ou contravenção, que tenham cometido, com o fim de exemplá-los e evitar a prática de novas infrações.¹³

A definição de pena, para Franz Von Liszt, é “o mal, que, por intermédio dos órgãos da administração da justiça criminal, o Estado inflige ao delinqüente em razão do delito” (LISZT, Franz Von *apud* FERREIRA, Gilberto, 2004, p. 3).

O conceito de pena de Ernest Von Beling é “o sofrimento que o ordenamento jurídico impõe ao autor de um determinado fato ilícito” (BELING, Ernest Von *apud* FERREIRA, Gilberto, 1998, p. 3).

Acerca da concepção de pena, Jeremias Bentham entendia que “é o mal legal, que deve recair acompanhado de formalidades jurídicas sobre indivíduos convencidos de terem feito algum ato prejudicial, proibido pela lei, e com o fim de se prevenirem semelhantes ações para o futuro”.¹⁴

Já, para Giuseppe Bettiol pena é a conseqüência jurídica do crime, isto é, a sanção estabelecida pela violação de um preceito penal.¹⁵ (BETTIOL, Giuseppe *apud* KUEHENE, Maurício, 1998, p.22).

Com relação, ainda, ao conceito de pena, para o doutrinador Régis Prado “é mais importante das conseqüências jurídicas do delito. Consiste na privação ou restrição de bens jurídicos, com lastro na lei, imposta pelos órgãos jurisdicionais competente ao agente de uma infração penal.”¹⁶

No mesmo sentido, Jorge Vicente Silva afirma que:

¹³ “Pena é a sanção afliativa imposta pelo Estado, mediante ação penal, ao autor da infração (penal), como retribuição de seu ato ilícito, consistente na diminuição de um bem jurídico, e cujo fim é evitar novos delitos.” JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal**. 17^a. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 457.

¹⁴ BENTHAM, Jeremias. **Teoria das penas legais**. 1^a ed. São Paulo: Bookseller, 2002, p. 20.

¹⁵ KUEHENE, Maurício. **Teoria e Prática da Aplicação da Pena**. 2^a e. Curitiba: Juruá, 1998, p.22.

¹⁶ PRADO, Luiz Régis. **Curso de Direito Penal Brasileiro. Parte Geral**. 4^a ed. São Paulo: RT, 2004, p. 553.

Pena é a conseqüência do reconhecimento da culpa do acusado quando findo o procedimento à apuração da existência do crime e respectiva autoria, após concluída positivamente, mediante o contraditório a através do crivo do judiciário.¹⁷

Para Heleno Fragoso, pena “é a perda de bens jurídicos imposta pelo órgão da justiça a quem comete crime. Trata-se de sanção característica do Direito Penal, em sua essência retributiva”.¹⁸

O doutrinador Celso Delmanto, por sua vez, ao analisar a pena e suas espécies, traz o seguinte conceito:

Pena é a imposição da perda ou diminuição de um bem jurídico, prevista em lei e aplicada, pelo órgão judiciário, a quem praticou ilícito penal. Ela tem a finalidade retributiva e preventiva. Retributiva, pois impõe um mal (privação de bem jurídico) ao violador da norma penal. E preventiva, porque visa a evitar a prática de crimes, seja intimidando a todos, em geral, com o exemplo de sua aplicação, seja, em especial, privando da liberdade o autor do crime e obstando que ele volte a delinquir.¹⁹

E. Magalhães Noronha, em sua obra *Direito Penal* explana, que:

A pena, em sua origem, nada mais foi que vindita, pois é mais que compreensível que naquela criatura, dominada pelos instintos, o revide à agressão sofrida devia ser fatal, não havendo preocupações com a proporção, nem mesmo com a justiça.²⁰

Outros doutrinadores entendem que a pena é uma sanção que deverá ser imposta pelo Estado a todos igualmente (*erga omnes*), com a finalidade de manter pacífico o convívio social entre as pessoas, as quais confiaram ao Estado uma parcela de sua liberdade, para que todos se respeitem e o Estado exerça sua soberania.

¹⁷ SILVA, Jorge Vicente. **Manual da Sentença Penal Condenatória**. Curitiba: Juruá, 2003, p. 231.

¹⁸ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**. 16^a ed. Forense: Rio de Janeiro, 2003, p.404.

¹⁹ DELMANTO, Celso. **Código Penal comentado**. 3^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1991, p. 60.

²⁰ NORONHA, E. M. **Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 220.

2.3 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA ORIGEM DA PENA

O doutrinador Gilberto Ferreira²¹ explica, em sua obra *Aplicação da Pena* que do mesmo modo que a origem do universo possui teorias para explicar o seu mistério, a origem da pena, igualmente, possui teorias para demonstrar o seu surgimento.

Dentre as teorias²² que explicam a origem da pena estão à teoria do criacionismo e do evolucionismo, sendo a primeira com fundamento na religião e a segunda com base na ciência.

Com relação à teoria criacionista, segundo José Antonio Paganella Boschi²³, as punições tem origem nas Sagradas Escrituras, quando os seres humanos tiveram o seu primeiro sistema de relações, e, não resistindo à tentação, comeram o fruto da árvore proibida e praticaram a primeira transgressão, sendo punidos com a pena de degredo.²⁴

Além disso, José Antonio Paganella Boschi²⁵ afirma que foi a presença do *alter*, do outro, que gerou a instituição de regras mínimas, delimitando o espaço do que era proibido e o que era permitido, como condição de convivência pacífica, tendo em vista que o homem sozinho não necessita de regras.

A esse respeito, Elaine Moreira da Rocha e Luiz Carlos Carvalhal Junior entendem que:

A origem da pena é muito discutida, não há uma certa, existem muitos conflitos sobre isso, porém podemos afirmar que perde-se no tempo essa

²¹ Op. cit., p. 5.

²² FERREIRA, Gilberto. Op. cit., p. 5.

²³ BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das Penas e seus Critérios de Aplicação**. 4^a. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 91.

²⁴ Para Inácio de Carvalho Neto “ A primeira pena de que se tem notícia está nas origens da criação, é a primeira pena da história da humanidade.” Op. cit., p. 5.

²⁵ Op. cit., p. 91.

origem, pois onde haviam agrupamentos de homens, haviam disciplinas a serem seguidas para um convívio mais harmônico, essas se não fossem respeitadas, penalizariam os infratores.

É possível que as primeiras regras de proibição tenham origens totêmicas (totem: é um animal, mais raramente um vegetal ou fenômeno natural que mantém relação peculiar com todo o clã, é um antepassado comum, é o espírito guardião e auxiliar, embora perigoso aos outros), da mesma época são os tabus (tabu: é um termo polinésio, significa sagrado, consagrado, misterioso, impuro, a fonte do tabu é atribuída a um poder mágico, peculiar que é inerente as pessoas e espíritos e pode ser por eles transmitidos por intermédio de objetos inanimados.²⁶

Já, para a teoria evolucionista²⁷ a origem das penas veio da evolução dos primatas que, por meio de meras reações instintivas para defesa própria ou do grupo, contra qualquer ameaça externa, caracterizou a primeira punição, a primeira pena, que nada mais era do que um ato de defesa e de retribuição pelo mal praticado, surgiu vingança privada.²⁸

Quanto à evolução das penas, esta passou por algumas fases, quais sejam: fase da vingança privada, da vingança divina, da vingança pública; posteriormente, com o movimento humanitário, estabeleceu-se limites à repressão ao crime, humanizando-se as penas, passando, portanto, ao período da humanização, em seguida ao período científico e por fim a fase da nova defesa social.²⁹

Vale ressaltar que a passagem de uma fase para outra não ocorreu de forma harmoniosa, como esclarece Gilberto Ferreira que:

²⁶ Elaine Moreira da Rocha e Luiz Carlos Carvalhal Junior. Publicado em Junho/2006. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1401>>. Acessado em: 13 de agosto de 2008.

²⁷ Para os partidários da teoria evolucionista, a pena surgiu quando os primatas, obrigados a descer das árvores (muito provavelmente devido à escassez de alimentos) resolveram se fixar na terra, em pequenos grupos. A primeira reação tida por esse grupo contra um ataque externo, caracterizou certamente, a par do instituto da defesa, a primeira punição, portanto, a primeira pena – a um ato de defesa e de retribuição pelo mal praticado, uma vingança. FERREIRA, Gilberto. Op. cit., p. 6.

²⁸ A origem das penas é, portanto, muito antiga, e a história de sua evolução no tempo – desde quando tinham feições de meras reações instintivas contra tudo o que pudesse representar ameaça à sobrevivência individual ou do grupo, passando pelas incipientes modalidades de penas estatais, até chegarmos aos modelos contemporâneos – é a mais horrenda que a história dos crimes, como assinalou Ferrajoli, tantas as atrocidades que foram e ainda são cometidas em muitas regiões do planeta, anulando o sentido de sua imposição e atuando como fonte de contínua realimentação da violência explícita. BOSCHI, José Antonio Paganella. Op. cit., p. 91.

²⁹ FERREIRA, Gilberto. Op. cit., p. 7.

(...) que a passagem de uma fase para outra não aconteceu de modo uniforme, radical, o que é compreensível na medida em que inúmeros fatores influenciaram para a ocorrência dessa transformação. (...) Esses períodos não aconteceram de modo estanque, com o encerramento de um e o início de outro. O período da vingança divina conviveu por muito tempo com o período da vingança pública, o mesmo tendo ocorrido com o período da vingança privada.³⁰

Quanto à fase da vingança privada, a punição era imposta apenas e exclusivamente como vingança, não havia uma justa medida, entre a pessoa do criminoso e o crime cometido.³¹

Nessa fase, quem detinha o maior poder, ou era o mais forte, era o executor das punições, e as efetuava da maneira que mais lhe fosse conveniente, pois, não havia limites para a sua vingança³². As penas variavam entre a escravidão, o banimento, a pena de morte e outros. As punições atingiam igualmente a família do criminoso, não existia individualização.

Com o surgimento de novos elementos socioculturais, essa espécie de punição foi sendo abrandada. Foi então editada a Lei de Talião³³ que, segundo Inácio de Carvalho Neto, introduziu o princípio da proporcionalidade entre a pena e o delito ao prescrever o “olho por olho, dente por dente”.³⁴

³⁰ Op. cit., p. 7 e 11.

³¹ “Na sua essência é um ato instintivo de defesa, embora não deixe de ser uma punição”. FERREIRA, Gilberto. Op. cit., p. 7.

³² A vingança privada nada mais era do que o poder que o particular exercia sobre a sociedade, impondo e corrigindo regras.

³³ Fase primitiva da vingança – lei de Talião: “**Olho por olho, dente por dente**”. Segundo Roberto Lyra, “vem do Latim *talis*, que significa tal, semelhante, igual, donde retaliação. *Tallis pro tale*, tal por tal, ou seja, para *tal* ofensa, *tal* pena proporcional. (LYRA, Roberto *apud* CARVALHO NETO, Inácio de, 2003, p. 6).

³⁴ Op. cit., p. 6.

Álvaro Villaça de Azevedo, a esse respeito, proclama que, “embora não eliminando o caráter de vingança privada, trouxe esta lei um sentido de igualdade de direitos, que se representava pelo enunciado – **olho por olho dente por dente**”.³⁵

O Código de Hamurabi³⁶ consagrou tais penas e, apesar de vir regular e amenizar a vingança privada e individualizar³⁷ a pena, na pessoa do delinqüente, também, previa punições absurdas, tidas como abusivas; porém para essa época consistiu como uma evolução.

A idéia primitiva de punição violenta foi inclusive inserida na Bíblia. A propósito já, no Antigo Testamento, em Levíticos, 24, 17-20, observa-se a seguinte orientação de Deus aos Israelistas, por intermédio de Moisés, aplicável aos nacionais e aos estrangeiros:

Quem matar alguém será morto; mas quem matar um animal o restituirá; igual por igual; se alguém causar defeito em seu próximo como ele fez, assim se lhe será feito; fratura por fratura, olho por olho, dente por dente; como se ele tiver desfigurado a algum homem, assim se lhe fará.

A evolução do conceito de vingança foi lenta e gradual. Na realidade, representou um lento e gradativo processo de conscientização em que o Cristianismo

³⁵ No **Código de HAMURABI** encontra-se presente o sentido de punir o ofensor, instituindo contra o causador do dano um sofrimento igual.

³⁶ Este texto legal com 282 artigos entalhados numa pedra negra disciplinou o seguinte: “mas se houver dano urge dar vida por vida, olho por olho, dente por dente, mão por mão, pé por pé, ferida por ferida, golpe por golpe”.

O Código de HAMURABI, em seus Parágrafos 196, 200, 204 e 205, a título de ilustração prescreve, respectivamente, que:

- Par. 196. “Se um AWILUM destruiu o olho de um outro AWILUM: destruirão seu olho”
- Par. 200. “Se um AWILUM arrancou um dente de um AWILUM igual a ele: arrancarão o seu dente”.
- Par. 204. “Se um homem vulgar agrediu a face de outro que lhe é igual, pesará dez siclos de prata”.
- Par. 205. “Se um escravo de um homem agrediu a face do filho de um homem; cortarão sua orelha”.

³⁷ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, no artigo 5º, inciso XLV – “...nenhuma pena passará da pessoa do condenado...”

exerceu importantíssimo papel no abrandamento dos sentimentos humanos, em relação ao seu próximo.

Com relação à fase da vingança divina³⁸, neste período, a pena passa a ter como fundamento à divindade.

A respeito disso, Inácio de Carvalho Neto menciona que a função da pena era reparatória, pretendendo que o infrator, ao ser punido, se retratasse frente à divindade.³⁹

A punição procurava a regeneração, a purificação da alma do delinquente, para a manutenção da paz na terra.⁴⁰

Segundo Dilton Ávila Canto, o Direito era a religião, e cada preceito religioso aparecia acompanhado de uma sanção jurídica e cada ditado jurídico era um mandato da religião e a justiça penal se exercitava em seu nome. Assim, esse período ficou assinalado pela crueldade, principalmente no Egito, Assíria, Fenícia, Babilônia, Pérsia, Israel, Índia e Grécia⁴¹.

Nesse sentido, o Código de Manu ordenava o corte dos dedos dos ladrões e assim sucessivamente para amenizar os pecados, contanto que isso os purificasse. O

³⁸ “A sociedade participava sempre dos atos de crueldade a que eram submetidos seus entes infratores, era como se fosse à lavagem dos pecados cometidos pelo infrator, mediante a sua condenação ali aos olhos da sociedade que em muitas vezes a aplaudiam ou sussurravam, participando do ato de crueldade. Um exemplo desta barbaridade ficou registrado na clássica obra de Foucault para que se perpetuasse: “Damiens fora condenado, a 2 de março de 1757, a pedir perdão publicamente diante da porta principal da Igreja de Paris; levado e acompanhado numa carroça, nu, de camisola, carregando uma tocha de cera de duas libras, fora erguido pelos mamilos, braços e coxas; aplicaram-lhe chumbo derretido, óleo fervente, piche em fogo, cera e enxofre derretidos conjuntamente, e a seguir seu corpo foi puxado e desmembrado por quatro cavalos e seus membros consumidos ao fogo, reduzidos a cinzas e, as suas cinzas levadas ao vento”. LIMA, Antonio de Vasconcelos. **O EXTRAPOLAMENTO DA PENA ALÉM DA PESSOA DO CONDENADO**. Publicado em 2004. Disponível em: < <http://paginas.aol.com.br/vasconlima/pena.html>>. Acessado em: 1º de setembro de 2008.

³⁹ Op. cit., p. 6.

⁴⁰ FERREIRA, Gilberto. Op. cit., p. 8.

⁴¹ CANTO, Dilton Ávila. **Regime inicial de cumprimento da pena reclusiva ao reincidente**. Publicado em Setembro/1999. Disponível em:< <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1099&p=4>>. Acessado em: 20 de agosto de 2008.

que se observa nessa fase, é uma extrema maldade, monstruosidade para com as pessoas, utilizando-se equivocadamente o nome de Deus.⁴²

Outra fase é a da vingança pública⁴³, que surgiu para atender os interesses do Estado, tendo em vista que o modo como era aplicada à punição, seja pelos particulares (vingança privada), seja em nome de Deus (vingança divina) não atendia os interesses do soberano e o tornava vulnerável. Assim, o Estado passou a responsabilizar-se pelo direito de punir; conseqüentemente, aplicava a punição de acordo com os critérios que atendessem os seus interesses e não mais os do particular ofendido.⁴⁴

A aplicação da punição naquela época caracterizava-se pela extrema crueldade⁴⁵, que na maioria das vezes eram corporais e aflitivas⁴⁶, e tinham por finalidade apenas a vingança social e intimidação.⁴⁷

Havia uma grande rejeição dessas penas pela sociedade, uma vez que sempre preponderavam os interesses dos mais fortes, sobre os mais fracos (desigualdade social), além disso, a execução das penas era de caráter público (vingança social), arbitrária e excessivamente rigorosa (penas corporais e aflitivas). Desse modo, a sociedade (o povo, pensadores, filósofos, juristas) percebeu que todos esses castigos

⁴² O Código de Manu ordenava o corte dos dedos dos ladrões, evoluindo para os pés e mãos no caso de reincidência. O corte da língua para quem insultasse um homem de bem; a queima do adúltero em cama ardente; a entrega da adúltera para a cachorrada. Embora o fundamento filosófico da punição fosse altruísta, a história da humanidade viveu aí um período negro, de muita maldade. Em nome de Deus, praticaram monstruosidades e iniquidades. FERREIRA, Gilberto. Op. cit., p. 8.

⁴³ Aponta Heleno Cláudio Fragoso que “nos tempos da monarquia absoluta era freqüente a indeterminação legal das penas, entregues ao *merum arbitrium* dos juízes”. (FRAGOSO, Heleno Cláudio *apud* CARVALHO NETO, Inácio de, 2003, p. 9).

⁴⁴ FERREIRA, Gilberto. Op. cit., p. 9.

⁴⁵ “(...) até a Revolução Francesa o direito repressivo era desumano, tendo Voltaire chamado os magistrados de seu tempo de bárbaros de toga”. (PRADO, Luiz Régis e BITENCOURT, Cezar Roberto *apud* CARVALHO NETO, Inácio de, 2003, p. 9).

⁴⁶ Segundo Jeremias Bentham é o nome dado as penas corporais que consistem principalmente na dor física imediata, para distingui-las de outras penas corporais, cujo fim é produzir conseqüências permanentes. Op. cit., p. 71.

⁴⁷ CARVALHO NETO, Inácio de. Op. cit., p. 9.

cruéis e desumanos, nas aplicações das penas, não traziam resultados suficientes, para afastar o homem do crime; apenas tornavam a sociedade oprimida. Deste modo, passou a combater essa espécie de punição evoluindo para o período humanitário.⁴⁸

Os ideais políticos, filosóficos e sociológicos do século das luzes (iluminismo século XVIII) contrariavam as crueldades e os absurdos praticados, abandonando a fundamentação teleológica da pena e assumindo um fim utilitário.⁴⁹

Como já foi dito, essa reação contra o sistema repressivo e sangrento deu origem, ao movimento humanitário. Fizeram parte desse movimento os doutrinadores Cesare Bonesane, Marquês de Beccaria, (Dos delitos e das Penas), John Howard (Estado das Prisões) e Jeremias Bentham (Teoria das penas Legais).

Cesare Bonesana, Marquês de Beccaria⁵⁰ em 1764, inspirado em Montesquieu, Rousseau, D' Alembert, Diderot, Buffon, publicou a obra *Dos delitos e das Penas*, que representou um marco da reação liberal ao desumano panorama penal então vigente.

Segundo Gilberto Ferreira⁵¹ o tratado *Dos delitos e das Penas*, mudou radicalmente as formas de execução das penas.

Nesse mesmo sentido, Inácio de Carvalho Neto⁵² afirma que as idéias de Beccaria revolucionaram o direito penal, com a elaboração princípios que se firmaram

⁴⁸ "O mundo assistia calado, a uma verdadeira atrocidade. Aqui e acolá se inventavam fórmulas, as mais cruéis possíveis, para a execução dos condenados. Uma vez sentenciado, o homem deixa de ser humano. Passa a ser tratado como animal. O seu corpo é objeto de sevícias, as mais impressionantes. E tudo é feito não só para afligir, senão também para humilhar. Não bastava expor o homem a dor física. Era preciso também que ele se compadecesse moralmente. Mas o que impressionava deveras é o fato de que o povo a tudo aplaudia. Como se tomado por um torpor, um ópio alucinante, corria às execuções e as acompanhava par e passo, quando não tomava parte ativa dela, açoitando ou escarnecendo o miserável em expiação. Naturalmente que o povo procedia daquela forma por manipulação, porquanto interessava ao rei que fosse assim. (...) Revoltados com tal estado de coisas, alguns homens puseram-se a combater o espetáculo reinante. Nascia então, o período em que os estudiosos chamaram de humanitário. (...) Foi nesse cenário que algumas vozes começaram a surgir. (...)" FERREIRA, Gilberto. Op. cit., p. 11 e 12.

⁴⁹ CARVALHO NETO, Inácio de. Op. cit., p. 9.

⁵⁰ Um marco na história sobre pena, sem dúvida veio com a obra de Cesare Beccaria, *Dos Delitos e das Penas*. Elaine Moreira da Rocha e Luiz Carlos Carvalhal Junior. Publicado em Junho/2006. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1401>>. Acessado em: 13 de agosto de 2008.

⁵¹ Op. cit., p. 12.

como a base do direito penal moderno. O autor assevera, ainda, que “é de Beccaria⁵³ a idéia de que a pena só é justa quando necessária”.⁵⁴

A respeito dos princípios que revolucionaram o Direito Penal, Inácio de Carvalho Neto⁵⁵ explana a visão de Beccaria com relação ao princípio fundamental da legalidade dos delitos e das penas, em que só as leis podem fixar as penas, em relação aos delitos, e que a autoridade competente para a elaboração dessas leis é somente o legislador. Explica ainda que a finalidade da pena é a prevenção geral, devendo ser necessária, determinada e proporcional ao delito.⁵⁶

Nessa mesma esteira, o autor Gilberto Ferreira explica que Beccaria, em sua obra, faz alusão à origem das penas e o direito de punir, e que o juiz, somente, deveria impor penas sem abusos e desde que previstas em lei.⁵⁷

Gilberto Ferreira⁵⁸ afirma ainda que os artigos 7º e 8º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão nasceram sob visível influência de Cesare Beccaria⁵⁹, que repudiava as penas de morte e as cruéis. Segundo o autor, a partir deste momento a pena de morte foi sendo eliminada, bem como as penas cruéis, dando lugar às penas privativas de liberdade.⁶⁰

⁵² Op. cit., p. 10.

⁵³ “...Toda pena que não derive da absoluta necessidade, diz o grande Montesquieu, é tirânica, proposição esta que pode ser generalizada: todo ato de autoridade de homem para homem que não derive da absoluta necessidade é tirânico...” BECCARIA, Cesare *apud* CARVALHO NETO, Inácio de, 2003, p. 9.

⁵⁴ Op. cit., p. 9.

⁵⁵ Op. cit., p. 10.

⁵⁶ Segundo Inácio de Carvalho Neto “foi assim que surgiu a Escola Clássica do Direito Penal, que ignorou o infrator, dando mais atenção ao crime. CARRARA foi considerado o pai desta escola, definindo o delito como a infração da lei do Estado, promulgada para proteger a segurança dos cidadãos, resultante de um ato externo do homem, positivo ou negativo, moralmente imputável e politicamente danoso.” Op. cit., p. 11.

⁵⁷ Op. cit., p. 13.

⁵⁸ Op. cit., p. 15.

⁵⁹ Beccaria proclamava, portanto, a necessidade de leis estipulando os delitos e as penas, evitando assim o mero arbítrio judicial. E que as penas não fossem utilizadas somente para intimidação, mas para recuperar o delinqüente. Reivindicava ainda a proporcionalidade das penas aos delitos e a separação do Poder Judiciário do Poder Legislativo.

⁶⁰ “O fim dos suplícios do corpo tem como marco a Revolução Francesa, quando houve a transição para o novo regime de mais liberdade e garantias.” BOSCHI, José Antonio Paganella. Op. cit., p. 95.

José Antonio Paganella Boschi⁶¹, assevera que a luta de Beccaria não foi inútil, pois suas idéias se consolidariam com os grandes movimentos de transformação dos séculos XVIII e XIX, firmar-se-ia a convicção de que a prevenção dos crimes advém, não da intensidade da apenas ou do teatro das execuções públicas, mas sim, da certeza de haveria uma punição.

Outro adepto ao movimento humanitário foi John Howard, com obra Estado das Prisões.

A maior preocupação John Howard era fazer com que o sistema penitenciário possuísse condições mínimas para a subsistência humana.⁶²

Mais um partidário do movimento humanitário foi Jeremias Bentham com a publicação da obra Teoria das Penas Legais, e também tinha o objetivo de humanizar o sistema penitenciário.⁶³

Com relação ao período humanitário, percebe-se que apesar da preocupação com a humanização da pena esta era vista como um mal necessário, um castigo imposto a quem praticasse um crime.

Evoluindo para o período científico do século XIX, a pena deixa de ser um castigo e passa a ser um remédio, em virtude de o delito ser considerado como um fato individual e social, representando um sintoma patológico.⁶⁴

⁶¹ Op.cit., p. 99.

⁶² “John Howard passou a se dedicar às causas filantrópicas após ter sido preso, quando então se propõe a cuidar das obras de reforma das prisões. Dessa experiência colhida junto às prisões inglesas e européias, é que o autor relata em sua obra pregando em síntese: a) a higienização dos cárceres e um regime alimentar adequado; b) um sistema disciplinar que fosse diverso par acusados e condenados; c) ensinamentos de educação moral e religiosa; d) obrigatoriedade de trabalho e ensino profissional”. FERREIRA, Gilberto. Op. cit., p. 15.

⁶³ BENTHAM, Jeremias. Op. cit., p. 106.

⁶⁴ Segundo Gilberto Ferreira “no período que se convencionou chamar de científico, o delito é considerado um fato individual e social, representando um sintoma patológico de seu autor. Por isso, a pena passa a ser vista como um remédio, não mais como um castigo. E deve ser ministrada conforme a periculosidade do delinqüente. A sanção, pois, é meio de defesa social. Op. cit., p. 16.

Para Inácio de Carvalho Neto⁶⁵, foi assim que surgiu a Escola Positiva, que colocou o homem no centro do Direito Penal, tendo a pena o objetivo de ressocializar o delinqüente.

O maior representante da Escola Positiva⁶⁶, foi Cesare Lombroso com sua obra *O Homem Delinqüente*.

Cesare Lombroso considerava a pena como instrumento de reintegração do criminoso à sociedade⁶⁷, razão pela qual procurou compreender, cientificamente, os fenômenos criminais e o próprio infrator. Para ele deveria haver o tratamento individualizado do criminoso, como também a defesa social, acautelando-se contra o infrator.

Nessa mesma esteira, Gilberto Ferreira afirma que:

A partir dos estudos de Cesare Lombroso surgiram as ciências penais voltadas ao estudo do criminoso, de suas características antropológicas, do crime e de suas causas, tudo com o fim de prevenção e de defesa da sociedade. Nasce, pois, a antropologia criminal, a criminologia e a sociologia criminal, a política criminal e a ciência penitenciária. A questão da individualização da pena, da periculosidade e da medida de segurança começam a ser discutidas com maior profundidade.⁶⁸

Após a segunda guerra mundial, iniciou-se a fase da nova defesa social, que sugeria um direito penal preventivo de segurança, não mais preocupado em retribuir um fato do passado, mas voltado a evitar novos delitos, ou seja, a reincidência.

⁶⁵ Op. cit., p. 11.

⁶⁶ “O período científico começa com Cesare Lombroso e prossegue com os demais representantes da Escola Positiva, Ferri, Garófalo, Florian e Grispigni”. FERREIRA, Gilberto. Op. cit., p. 16.

⁶⁷ CARVALHO NETO, Inácio de. Op. cit., p. 11.

⁶⁸ Op. cit., p. 16.

Em 1945, o professor italiano Filippo Gramática fundou, em Gênova, o Centro de Estudos de Defesa Social, e que mais tarde foi chamado de nova defesa social por seu maior precursor Marc Ancel.⁶⁹

A nova defesa social tinha como seus principais objetivos, segundo Manoel Pedro Pimentel:

1. A pena não tem somente caráter expiatório, mas interessa também para a proteção da sociedade;
2. A pena, além de ser exemplar e retributiva, tem um escopo de melhoramento senão mesmo de uma reeducação do delinqüente;
3. A justiça penal deve ter presente a pessoa humana, além das simples exigências da técnica processual, a fim de que o tratamento penal seja sempre humano.⁷⁰

Para Gilberto Ferreira⁷¹, apesar de Filippo Gramática ter proposto, naquela época, a eliminação do direito penal e do sistema penitenciário, o movimento da defesa social não queria a extinção do direito penal, ou do sistema penitenciário, de forma radical, que almejava que ocorresse de forma lenta e gradativa, e que, por meio dessa transformação resultasse o verdadeiro sentido da punição ao delinqüente, que nada mais seria do que a ressocialização, de modo, a proteger não só os direitos humanos, a dignidade do homem em si, mas na sociedade como um todo.

⁶⁹ CARVALHO NETO, Inácio de. Op. cit., p. 13.

⁷⁰ PIMENTEL, Manoel Pedro *apud* FERREIRA, Gilberto, 2004, p. 18.

⁷¹ Op. cit., p. 19.

2.4 FUNDAMENTOS E FINALIDADES DAS PENAS

2.4.1 Teorias sobre fundamentos e finalidades da pena

Primeiramente, cabe salientar que os fins da pena devem ser analisados segundo o contexto histórico.

Segundo Inácio de Carvalho Neto⁷², a de punição, baseada no sentimento de vingança, que surgiu de forma privada como ato de defesa, visto que não havia um Estado constituído, capaz de regular as relações em sociedade, acabou por enfraquecer a sociedade antiga.

Surgindo assim o Estado, que chamou para si as prerrogativas de punir os cidadãos e criou novas perspectivas, em relação à pena, formulando teorias para melhor explicá-la, destacando:

a) a Teoria Absoluta, que entendia a pena como sendo somente um castigo imposto àqueles que perturbavam a ordem jurídica estabelecida pelos homens, na forma de leis, assim a finalidade da pena era exclusivamente de fazer justiça;⁷³

b) a Teoria Relativa, que visava o carácter preventivo da pena; assim, sua finalidade não era retribuir o mal causado, mas sim prevenir a prática de futuros delitos;⁷⁴

c) a Teoria Mista, que reuniu o aspecto de retribuição ao mal cometido da teoria absoluta e a prevenção para não haver o cometimento de novos delitos da teoria relativa para a definição da finalidade e função da pena.⁷⁵

⁷² Op. cit., p. 19.

⁷³ CARVALHO NETO, Inácio de. Op. cit., p. 20.

⁷⁴ CARVALHO NETO, Inácio de. Op. cit., p. 21.

Relativamente às teorias, Gilberto Ferreira afirma que o verdadeiro sentido da pena não é tarefa fácil e devido a isso foram formuladas várias teorias⁷⁶. Segundo o autor os fundamentos e os fins da pena têm sido muito estudados e debatidos, sendo que as discussões sobre a aplicação da pena implicam em discutir a legitimidade do direito penal.

Para fins didáticos, a doutrina tem classificado as teorias em três grupos: Teorias Absolutas ou Retributivas, Teorias Relativas ou Preventivas e Teorias Mistas ou Ecléticas.⁷⁷

Neste mesmo diapasão, Luiz Régis Prado assinala que:

A pena é a mais importante das conseqüências jurídicas do delito. Consiste na privação ou na restrição de bens jurídicos, com lastro na lei, imposta pelos órgãos jurisdicionais competentes ao agente de uma infração penal. São inúmeras as teorias que buscam justificar seus fins e fundamentos, reunidas de modo didático em três grandes grupos.⁷⁸

José Antonio Paganella Boschi menciona, também, que “por razões didáticas e históricas, as teorias justificadoras da pena, que continuam apostando na efetividade do direito repressivo, em geral, classificam-se em retribucionistas e prevencionistas”.

O autor acrescenta, ainda, que as teorias, que discutem e procuram justificar a finalidade da pena, está na verdade justificando o direito de punir do Estado.

⁷⁵ CARVALHO NETO, Inácio de. **Aplicação da Pena**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 22.

⁷⁶ Da vingança, da vingança purificada, da aceitação, da convenção, da associação, da correção, da intimidação, do constrangimento psicológico, da defesa e do ressarcimento. Op. cit., p. 23-25.

⁷⁷ FERREIRA, Gilberto. Op. cit., p. 25.

⁷⁸ Op. cit., p. 553.

2.4.1.1 Teorias Absolutas

As teorias absolutas são também conhecidas como teorias retributivas e tem como função, ou finalidade, reprimir a conduta praticada pelo sujeito, impor penalidade ao mal cometido pelo sujeito.⁷⁹

É a forma mais comum do Estado trabalhar com a pena. Entretanto, a teoria retributiva não surgiu antes da teoria preventiva.

Existe uma marca forte da idéia de pecado, proveniente do Estado absolutista no qual o chefe de governo se confundia com o chefe religioso (*punitur peccatum est*).⁸⁰

Para essa Teoria, a concepção da pena se prendia, unicamente, a um ideal de justiça, fundamentada em uma responsabilidade penal, baseada no livre-arbítrio e na culpabilidade individual. Sendo assim, a pena não deveria ter nenhum fim.⁸¹

Para Juarez Cirino dos Santos, existem alguns sentidos para a finalidade da pena:

A pena como retribuição do crime, no sentido religioso de expiação ou no sentido jurídico de compensação da culpabilidade, característica do Direito

⁷⁹ Para Luiz Régis Prado as Teorias Absolutas fundamentam a existência da pena unicamente no delito praticado (*punitur quia peccatum est*). A pena é retribuição, ou seja, compensação do mal causado pelo crime. Op. cit., p. 553.

⁸⁰ “A evidente conexão com um Estado Absoluto caracteriza esta primeira etapa da evolução da teoria da pena, onde o poder do soberano era identificado como evolução da teoria da pena, onde o poder do soberano era identificado como um poder ungido por Deus (...). A pena neste Estado adquire conotações religiosas. Como na figura do rei recaía a representação do Estado e a representação da justiça divina sobre a terra, qualquer pessoa que se rebelasse contra o Estado ou contrariasse qualquer disposição legal atentava contra a figura do soberano e contra o próprio Deus. A pena, neste contexto, expiava o pecado cometido pelo indivíduo. O trânsito do Estado Absoluto ao Estado Liberal por consequência modificou as concepções de Estado, indivíduo e sociedade. A Assembléia Geral substituiu o soberano na formulação das leis e a pena passou a ser considerada como retribuição pela perturbação da ordem jurídica adotada pelos homens e consagrada nas leis. O direito natural divino cede passagem ao direito natural racional. A expiação sucede a retribuição, a razão divina sucede a razão de Estado e lei divina, a lei dos homens, expressa na Assembléia Geral.” HUAPAYA, Sandro Montes; BUSATO, Paulo César. **Introdução ao Direito Penal: Fundamentos para um sistema Penal Democrático**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 179.

⁸¹ HUAPAYA, Sandro Montes; BUSATO, Paulo César. Op. cit., p. 179-180.

Penal clássico, representa a imposição de um mal justo contra o mal injusto do crime, necessária para realizar justiça ou restabelecer o Direito.⁸²

O autor observa ainda que a pena com sentido religioso⁸³ de expiação recorda a idéia de torturas medievais, que serviam para purificar a alma do condenado; já, com relação ao sentido jurídico de compensação lembra a idéia de vingança do ser humano.⁸⁴

O doutrinador Gilberto Ferreira⁸⁵ explica que o fundamento da punição é moral e ético, e que a pena é justa em si e sua aplicação se dá sem qualquer preocupação com relação à sua utilidade. O caráter retributivo da pena tem somente a função de reparar um mal injusto. O crime é um mal injusto e a pena é o mal justo aplicado pelo Estado.

Corroborando com essas afirmações, José Antonio Paganella Boschi menciona que as penas para os clássicos têm por fim exclusivo castigar o delinqüente⁸⁶, esclarecendo que a idéia de castigo como finalidade da pena, estava baseada no mesmo princípio que sustentava a instituição arcaica da vingança: ao mal a devolução do mal.

As Teorias Absolutas tem como seus maiores representantes Emmanuel Kant e George Wilhelm Friedrich Hegel idealistas alemães.⁸⁷

Emmanuel Kant assinalava uma fundamentação ética.⁸⁸

⁸² SANTOS, Juarez Cirino dos. **Teoria da Pena: fundamentos políticos e aplicação judicial**. Curitiba: ICPC; Lúmen Júris, 2005, p. 3.

⁸³ Gilberto Ferreira explica que os doutrinadores Sthal, Jarcke, Brun, dão um fundamento religioso a pena, sustentando a idéia de que o crime é violação a um direito divino, e a sanção uma imposição divina, que é delegada aos homens para aplicá-la. Op. cit., p. 26.

⁸⁴ Op. cit., p. 3.

⁸⁵ Op. cit., p. 25.

⁸⁶ “Ao mal do crime, o mal da pena (*punitur cuius peccatum est*). Op. cit., p. 107.

⁸⁷ HUAPAYA, Sandro Montes; BUSATO, Paulo César. Op. cit., p. 180.

⁸⁸ Kant, entendia que o crime era uma violação à ordem moral e a pena em consequência, era um dever ético de reparação. FERREIRA, Gilberto. Op. cit., p. 26.

Nesse mesmo sentido, Sandro Montes Huapaya e Paulo César Busato mencionam que Kant outorgou uma função retributiva a pena, e que a pena é uma exigência ética irrenunciável.⁸⁹

O fundamento central do pensamento do autor é o de que o criminoso não comprova o imperativo categórico⁹⁰. O sujeito deve ser punido, porque, simplesmente, não respeitou a ordem, porque o sujeito é amoral.⁹¹

Kant definia a justiça retributiva como lei inviolável, um imperativo categórico pelo qual todo aquele que mata deve morrer, para que cada um receba o valor de seu fato e a culpa do sangue não recaia sobre o povo que não puniu seus culpados.⁹²

E, mais que a pena seja um fim em si mesma e que corresponda à realização da justiça. A pena é retribuição à culpabilidade do sujeito; portanto, a pena deve ser proporcional ao dano causado pelo delito.⁹³

Emmanuel Kant não esperava que o sujeito ficasse melhor depois de cumprir a pena. A ressocialização não era sua maior preocupação.

Quanto ao outro representante das Teorias Absolutas, George Wilhelm Friedrich Hegel, segundo José Antonio Paganella Boschi⁹⁴, seguiu os mesmos passos de Kant, chegando à mesma conclusão⁹⁵; porém com premissas diferentes.

⁸⁹ Op. cit., p. 180.

⁹⁰ Nesse sentido Luiz Régis Prado comenta que as concepções absolutas tem origem no idealismo alemão, sobretudo com a teoria da retribuição ética ou moral de Kant, na qual a lei penal constitui um imperativo categórico, uma determinação de justiça, independentemente de toda consideração finalista. Op. cit., p. 554.

⁹¹ “Kant qualifica a pena como um *imperativo categórico* cuja incidência principal é a pena justa, tanto desde o ponto de vista do fato como do sujeito pelo fato realizado”. HUAPAYA, Sandro Montes; BUSATO, Paulo César. Op. cit., p. 180.

⁹² Kant disse que, caso um estado fosse dissolvido voluntariamente, necessário seria antes executar o último assassino, afim de que sua culpabilidade não recaísse sobre o povo. SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. cit., p. 4-5.

⁹³ “Kant equiparou a pena como retribuição com a Lei de Talião”. HUAPAYA, Sandro Montes; BUSATO, Paulo César. Op. cit., p. 180.

⁹⁴ “Ao mal do crime, o mal da pena (*punitur cuia peccatum est*). Op. cit., p. 108.

⁹⁵ A teoria de Hegel tem em comum com a de Kant, a idéia essencial de retribuição e o reconhecimento de que entre o delito praticado e a sua punição deve haver uma relação de igualdade. A diferença entre elas repousa no fato de que a teoria hegeliana se aprofunda mais na construção de uma teoria positiva acerca da retribuição penal

Hegel assegurava a idéia do contrato social. Sustentava que o direito é expressão da vontade racional, e que a base do direito está na racionalidade e na libertação.⁹⁶ Tinha por base idéias que representaram à vontade geral. A vontade geral levava em consideração a democracia e igualdade para se chegar a um consenso, mas que esta não representa uma posição unânime.⁹⁷

Hegel definia crime como a negação do direito e pena como a negação da negação e, portanto, como reafirmação do direito.⁹⁸

Para Hegel, a imposição da pena seria a condição para o restabelecimento da ordem jurídica violada, afirmação que já continha a idéia de que a pena, além de retribuir, também visava a prevenir, como mais tarde sustentaram os relativistas.⁹⁹

Segundo Sandro Montes Huapaya e Paulo César Busato¹⁰⁰, a grande diferença entre Kant e Hegel está na fundamentação da pena. Enquanto Kant legitima a pena na sua necessidade jurídica e entende que o crime perturba a ordem moral absoluta, Hegel entende que o crime perturba a ordem jurídica e que a pena não pode ter intensidade maior do que a infração cometida.

Outros representantes das teorias do retribucionismo são: Carrara, Binding, Mezger, Welzel e Giuseppe Bettiol.¹⁰¹

e na renúncia à necessidade de uma equivalência empírica no contexto do princípio da igualdade. Op. cit., p. 554.

⁹⁶ HUAPAYA, Sandro Montes; BUSATO, Paulo César. Op. cit., p. 181.

⁹⁷ Para Hegel o crime era um fato contrário ao direito e não somente a moral, e a pena era uma compensação jurídica, pela violação de um princípio ético-jurídico. FERREIRA, Gilberto. Op. cit., p. 26.

⁹⁸ SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. cit., p. 5.

⁹⁹ BOSCHI, José Antonio Paganella. Op. cit., p. 108.

¹⁰⁰ HUAPAYA, Sandro Montes; BUSATO, Paulo César. Op. cit., p. 181.

¹⁰¹ HUAPAYA, Sandro Montes; BUSATO, Paulo César. Op. cit., p. 182.

Para Carrara, “a pena só tem um fim em si mesma, que não é outro que o restabelecimento da ordem externa da sociedade”. (CARRARA *apud* HUAPAYA, Sandro Montes; BUSATO, Paulo César, 2007, p. 181).

Binding, por sua vez, entende que a “pena tem caráter retributivo de um mal por outro mal” (BINDING *apud* HUAPAYA, Sandro Montes; BUSATO, Paulo César, 2007, p. 182).

Para Mezger, “a pena é irrogação de um mal que se ajusta à gravidade do fato cometido contra o ordenamento jurídico. E, portanto, retribuição e necessariamente privação dos bens jurídicos”. (MEZGER *apud* HUAPAYA, Sandro Montes; BUSATO, Paulo César, 2007, p. 182).

Welzel entende “que não há mais finalidade da pena que a de identificar-se com uma retribuição justa ao valor dos atos praticados. Com o infligir de uma compensação justa, segundo a teoria absoluta, esgota-se o conteúdo da pena”. (WELZEL *apud* HUAPAYA, Sandro Montes; BUSATO, Paulo César, 2007, p. 182).

Giuseppe Bettiol sustenta que “a pena enquanto retribuição é o melhor meio de defesa da sociedade, já que detém força coesiva suficiente para assegurar uma convivência social ordenada”. (BETTIOL, Giuseppe *apud* FERREIRA, Gilberto, 2004, p. 26).

Conclui, ainda, que:

Só a idéia retributiva, tida como fundamento da pena, é capaz de satisfazer plenamente todas as exigências que são instantes no campo da punição. Ela satisfaz a suprema exigência de que o mal praticado corresponda a aplicação de um castigo proporcional à sua gravidade... A pena retributiva é, por isso, a que mais e melhor que qualquer outra concepção penal serve à manutenção

da ordem social e, deste modo, à conservação da sociedade. Despertando, através da idéia da justiça, sentimentos morais no âmbito do delinqüente, coopera na sua redenção.¹⁰²

Em relação às críticas jurídicas à teoria retributiva, vale mencionar o posicionamento de Claus Roxin¹⁰³, que entendia que a teoria retributiva tinha algum paralelo com a lei de talião e já não encontrava respaldo na sociedade científica da Alemanha, na década de 60, visto que era a concepção predominante naquela época. Afirmava, ainda, que aceitar a retribuição do mal com o mal implicava a legitimação da vingança pelo Estado, e que o ofendido era dispensado de manchar suas próprias mãos com o sangue.

Roxin questiona, ainda, que a aplicação da pena, como mera retribuição, contradiz a finalidade do Direito Penal, que é a de proteção de bens jurídicos e que deveria também ser o fundamento da própria pena. Sustenta que isso é absolutamente inaceitável em um Estado Social e democrático de Direito¹⁰⁴

A esse respeito, se posiciona Juarez Cirino dos Santos afirmando que:

Retribuir, como método de expiar ou de compensar um mal (o crime) com outro mal (a pena), pode corresponder a uma crença – e, nessa medida, constituir um ato de fé -, mas não é democrático, nem científico. Não é democrático porque o Estado Democrático o poder é exercido em nome do povo – e não em nome de Deus – e, além disso, o direito penal não tem por objetivo realizar vinganças, mas proteger bens jurídicos. Por outro lado não é científico porque a retribuição do crime pressupõe um dado indemonstrável: a liberdade de vontade do ser humano, pressuposta no juízo de culpabilidade.¹⁰⁵

Corroborando com essa idéia Figueiredo Dias, assevera que:

¹⁰² BETTIOL, Giuseppe *apud* FERREIRA, Gilberto, 2004, p. 26.

¹⁰³ ROXIN, Claus *apud* BOSCHI, José Antonio Paganella, 2006, p. 108.

¹⁰⁴ HUAPAYA, Sandro Montes; BUSATO, Paulo César. Op. cit., p. 184.

¹⁰⁵ Op. cit., p. 5-6.

O Estado democrático, pluralista, dos nossos dias, não pode assumir o encargo de entidade sancionadora do pecado e do vício, tal como uma qualquer instância os define, mas tem de se limitar a proteger bens jurídicos; e para tanto não se pode servir de uma pena conscientemente dissociada de fins, tal como é apresentada pela teoria absoluta (do latim *ab-soluta*, terminologicamente: desligada).¹⁰⁶

Na lição de José Antonio Paganella Boschi¹⁰⁷, a concepção da pena como retribuição, sem limites, atende muito bem aos interesses dos regimes totalitários, porque confere um cheque em branco ao legislador para criminalizar as condutas que bem entender, arredando o interesse na discussão sobre o conteúdo ético, que relaciona os fundamentos e os limites do direito de punir.

Com relação ao mérito das teorias absolutas ou retributivas, vale mencionar que essas teorias se esforçaram para estabelecer uma proporcionalidade entre pena e crime, ofereceram uma compensação de pena, em iguais proporções, ao mal causado como crime.¹⁰⁸

Para essa concepção, a busca da justiça era construída sob fundamentos de uma responsabilidade penal, baseada no livre arbítrio e na culpabilidade individual do sujeito: só responde pelo fato realizado e na medida da culpabilidade do sujeito.¹⁰⁹

Figueiredo Dias comenta que a limitação pela culpabilidade é a grande virtude histórica das teorias retributivas:

¹⁰⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo *apud* BOSCHI, José Antonio Paganella, 2006, p. 109.

¹⁰⁷ “Ao mal do crime, o mal da pena (*punitur cuius peccatum est*). BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das Penas e seus Critérios de Aplicação**. 4ª. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 108.

¹⁰⁸ “Em tempos normativos, abandona-se a posição extrema retribucionista na linha de Kant (lei de talião), contrapondo-se à idéia de equivalência entre delito e a pena, na linha de Hegel. Esta proporcionalidade não deixa de ser, considerado um fator histórico, um dado positivo.” HUAPAYA, Sandro Montes; BUSATO, Paulo César. *Op. cit.*, p. 182.

¹⁰⁹ HUAPAYA, Sandro Montes; BUSATO, Paulo César. *Op. cit.*, p. 183.

Aqui reside justamente o mérito das teorias absolutas: qualquer que seja seu valor ou desvalor como teorização dos fins das penas, a concepção retributiva tem – histórica e materialmente – o mérito irrecusável de ter erigido o princípio da culpabilidade como princípio absoluto de toda a aplicação da pena criminal que viole a eminente dignidade da pessoa humana.¹¹⁰

Outro mérito das teorias retributivas é a afirmação do princípio da legalidade ao estabelecimento das penas e o caráter pessoal de sua imposição.

Segundo Luiz Régis Prado, as teorias retributivas possuíam tradicionalmente, como idéia central, uma base ética desprovida de racionalidade. Todavia, contemporaneamente, a idéia de retribuição significa que a pena deve ser proporcional ao injusto culpável, de acordo com o princípio de justiça distributiva. Assim sendo, essa concepção moderna não equivale a um sentimento de vingança social. No entanto, corresponde a um princípio limitativo, conforme o qual o delito cometido deve atuar como fundamento e limite da pena, que deve ser proporcional a magnitude do injusto e da culpabilidade.¹¹¹

2.4.1.2 Teorias Relativas

São também chamadas de preventivas, por estarem buscando algo além da retribuição, a prevenção do delito.¹¹²

¹¹⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo *apud* HUAPAYA, Sandro Montes e BUSATO, Paulo César, 2007, p. 183.

¹¹¹ Op. cit., p. 555.

¹¹² “O Estado Social, fruto do movimento iluminista e do contrato social, trouxe consigo novos fundamentos da pena orientados a uma finalidade social. A partir desse chamado, desenvolveram-se teorias da pena que a justificaram não sob o imperativo categórico da justificação absoluta, mas como um meio ou instrumento útil e necessário à prevenção da criminalidade. A pena, nesse novo contexto, também é entendida como um mal, mas, ao contrário dos ideais absolutistas, esta mal se entende como “necessário” à manutenção da ordem social e a prevenção da criminalidade.” HUAPAYA, Sandro Montes; BUSATO, Paulo César. Op. cit., p. 186.

Para estas teorias, a prevenção é buscada de maneira abstrata, em relação à sociedade, e de maneira concreta, em relação ao indivíduo que delinuiu.¹¹³

Nesse sentido ensina, Gilberto Ferreira que:

Ao contrário das teorias absolutas que fundamentam a punição como uma questão ética, baseada na retribuição do mal pelo mal e voltadas para o passado da vingança. As teorias relativas se voltam para o futuro atingindo o delinqüente não para lhe impingir um mal, mas para evitar que volte a delinquir ou que incentive outros a fazê-lo, pelo seu mau exemplo. A punição visa à prevenção, como meio de segurança social e de defesa da sociedade. A pena, pois, não é retribuição, e sim um instrumento útil capaz de evitar o crime, pelo temor que impõe. Pune-se *ne peccetur*.¹¹⁴

A respeito disso Romagnosi,¹¹⁵ afirmava que “se tivesse certeza absoluta de que o criminoso não voltaria a delinquir, não seria necessário puni-lo mais. Vale dizer, se pune para evitar novos crimes e se tem a certeza de que o novo delito não será cometido, para que punir?” (ROMAGNOSI *apud* CARVALHO NETO, Inácio de, 2003, p. 21)

Inácio de Carvalho Neto afirma que “pela teoria relativa, a pena é uma medida prática que visa a impedir o delito”.

Ensina ainda que esta teoria é dividida em duas: a da prevenção geral e da prevenção especial.

Com relação à divisão da Teoria Relativa, Sandro Montes Huapaya e Paulo César Busato¹¹⁶ ensinam que para alcançar os fins de prevenção da pena se faz necessário que seja feito sob dois ângulos, quais sejam: o da Prevenção Geral e o da

¹¹³ As teorias relativas encontram o fundamento da pena na necessidade de evitar a prática de futuros delitos (*punitur ut ne peccetur*). Não se trata de uma necessidade em si mesma, de servir a realização da Justiça, mas de instrumento preventivo de garantia social para evitar a prática de delitos futuros (*poena realta ad effectum*). PRADO, Luiz Régis. Op. cit., p. 555.

¹¹⁴ Op. cit., p. 26-27.

¹¹⁵ CARVALHO NETO, Inácio de. Op. cit., p. 21.

¹¹⁶ Op. cit., p. 186.

Prevenção Especial. Sendo que a primeira tem por objetivo que a advertência ou a ameaça provoquem na psique coletiva uma sensação de desagrado, impedindo a realização de delitos. Quanto à prevenção especial, dirige-se diretamente sobre o indivíduo procurando a ressocialização e com isso evitando que no futuro cometa novos delitos.

Nesse mesmo sentido Gilberto Ferreira leciona que:

A prevenção de que tratam as teorias relativas seria obtida por dois meios. Um geral voltado à coletividade e tendo como instrumento a intimidação. Outro especial, voltado ao próprio delinqüente, e se daria através da emenda ou da segregação. Aquele tem função social, e visa proteger a sociedade de novos crimes; este individual, tendo por objetivo evitar a reincidência.¹¹⁷

Corroborando com Gilberto Ferreira, Inácio de Carvalho Neto¹¹⁸ afirma que para a Teoria Relativa da Prevenção Geral o seu principal escopo e efeito da pena é a inibição que esta causa à generalidade dos cidadãos, intimidando-os.¹¹⁹ Já, para a segunda, a pena visa à intimidação do delinqüente ocasional, à reeducação do criminoso habitual corrigível, ou a tornar inofensivo o que se demonstra incorrigível.¹²⁰

¹¹⁷ Op. cit., p. 27.

¹¹⁸ Op. cit., p. 21.

¹¹⁹ Nesse mesmo sentido Luiz Régis Prado ensina que a prevenção geral tradicionalmente identificada como intimidação - temor infundido aos possíveis delinqüentes, capaz de afastá-los da prática delitativa (...) a concepção preventiva geral da pena busca sua justificativa na produção de efeitos inibitórios à realização de condutas delituosas, nos cidadãos em geral, de maneira que deixarão de praticar atos ilícitos em razão do temor de sofrer a aplicação de uma sanção penal. Op. cit., p. 555.

¹²⁰ Dessa mesma forma pensa o doutrinador Luiz Régis Prado, e menciona que a prevenção especial, consiste na atuação sobre a pessoa do delinqüente, para evitar que volte a delinqüir no futuro. Enquanto a prevenção geral se dirige indistintamente a totalidade dos indivíduos integrantes da sociedade, a idéia de prevenção especial refere-se ao delinqüente em si, concretamente considerado. Manifesta-se como advertência ou intimidação individual, correção ou emenda do delinqüente, reinserção social ou separação, quando incorrigível ou de difícil correção. Op. cit., p. 555.

A Teoria da Prevenção Geral¹²¹ subdividiu-se em outras duas posições doutrinárias utilitaristas: a primeira, da Prevenção Geral Positiva, ou da Integração com a função de reforçar a fidelidade dos indivíduos à ordem constituída. E, a segunda, da Prevenção Geral Negativa ou da Intimidação, visando à dissuasão dos cidadãos, por meio do exemplo ou do prenúncio assustador que a mesma retrata.¹²²

Na lição de José Antonio Paganella Boschi¹²³, “pune-se então para intimidar e prevenir a prática de novos delitos ou, no brocardo repetido em quase todos os livros de direito penal: *punitur et ne peccetur*, isto é, pune-se para que o indivíduo não mais peque”.

O autor José Antonio Paganella Boschi¹²⁴, em sintonia com os demais autores, afirma que a teoria da prevenção pode ser geral ou especial, por ser dirigida, concomitantemente, aos cidadãos em geral (prevenção geral) e aos criminosos, em particular (prevenção especial).

E, ensina mais que a prevenção é classificada em positiva, ou integradora, e negativa. Se a pena tiver o intuito de corrigir o réu, a prevenção será integradora especial e, se ao mesmo tempo, reforçar a autoridade do Estado e o sentimento, nas pessoas, da necessidade de respeito às leis, a prevenção será integradora geral. Será uma prevenção especial negativa, se neutralizar (castiga-se) o réu, e será uma prevenção geral negativa, se for retirado o propósito dos cidadãos honestos a não praticarem crimes de qualquer espécie.¹²⁵

¹²¹ Segundo Gilberto Ferreira as teorias que visam à prevenção geral, dentre outras, são: da intimidação, do constrangimento psicológico, da premunição e da defesa. Op. cit., p. 27.

¹²² Segundo Gilberto Ferreira as teorias que visam à prevenção geral, dentre outras, são: da intimidação, do constrangimento psicológico, da premunição e da defesa. Op. cit., p. 27.

¹²³ Op. cit., p. 118.

¹²⁴ Op. cit., p. 118-119.

¹²⁵ BOSCHI, José Antonio Paganella. Op. cit., p. 118-119.

Para Juarez Cirino dos Santos¹²⁶, a prevenção especial e a geral ocorreria em duas dimensões simultâneas, por intermédio das quais o Estado espera evitar crimes futuros do criminoso: por um lado, a prevenção especial negativa e a prevenção especial positiva de correção (ou de ressocialização) dos criminosos. Por outro lado, a prevenção geral negativa e a prevenção geral positiva.

Bentham, Schopenhauer e Anselm Fuerbach foram os principais partidários dessa corrente doutrinária da prevenção, em que à punição passa a ser necessária para que o criminoso não reincida o crime e para alertar aos cidadãos de que devem evitar o caminho do crime. Conforme essa teoria, castiga-se para que a sociedade, como um todo, puna o ofensor, permaneça em estado de alerta e reforce seu sentimento de confiança no direito.¹²⁷

Na questão da Teoria da Prevenção Geral Negativa, Feuerbach¹²⁸ foi o autor que propôs os fundamentos dogmáticos dessa concepção, estabelecendo a teoria da coação psicológica (o sujeito ao conhecer a norma penal ou ver a norma penal aplicada a outrem teria uma ação psicológica operando contra si, no sentido de desestimular a prática do crime).

O que propõe Feuerbach “é, através de sua Teoria da coação psicológica, provocar com a pena uma sensação de desgosto na psique coletiva que impeça a comissão de delitos”¹²⁹.

¹²⁶ Op. cit., p. 12.

¹²⁷ BOSCHI, José Antonio Paganella. Op. cit., p. 118-119.

¹²⁸ “(...) a prevenção geral tem como destinatária a totalidade dos indivíduos que integram a sociedade, e se orienta para o futuro, como escopo de evitar a prática de delitos por qualquer integrante do corpo social. É a denominada prevenção geral intimidadora, que teve clara formulação em Feuerbach (teoria da coação psicológica), segundo a qual a pena previne a prática de delitos porque intimida ou coage psicologicamente seus destinatários (...)”. PRADO, Luiz Régis. Op. cit., p. 555-556.

¹²⁹ Para Feuerbach “todas as infrações tem uma causa psicológica na sensualidade, na medida em que concupiscência do homem é o que o impulsiona, por prazer, a cometer a ação. Este impulso sensual pode suprimir-se dependendo de cada qual saiba que ao seu fato se seguirá certamente um mal que será maior que o

Juarez Cirino dos Santos, afirma que “a forma tradicional de intimidação penal, expressa na célebre teoria da coação psicológica de Feuerbach, representa a dimensão negativa da prevenção geral: o Estado espera desestimular pessoas de praticarem crimes pela ameaça da pena.”¹³⁰

A idéia é errada, porque não pode se afirmar que todos conhecem a lei e porque as pessoas que não delinqüem não o fazem em razão da existência do Código Penal, mas, principalmente, por razões morais e de ordem familiar.¹³¹ Por fim, se de fato a prevenção geral fosse boa, não haveria a prática de crimes idênticos novamente, após uma primeira punição.¹³²

Quanto à questão da Teoria da Prevenção Geral Positiva¹³³, surgida no final do século XX, definida como integração/prevenção, e que, segundo Juarez Cirino dos Santos, a sua natureza político-criminal precisa ser esclarecida.¹³⁴

O autor ensina que existem pelo menos duas posições principais sobre a prevenção geral positiva: a de Claus Roxin e a de Günther Jakobs.¹³⁵

desgosto derivado da insatisfação de seu impulso ao fato.” (FEUERBACH *apud* HUAPAYA, Sandro Montes e BUSATO, Paulo César, 2007, p. 186).

¹³⁰ Op. cit., p. 9.

¹³¹ “Essa suposta imposição não ultrapassa os limites da crença, tanto que os criminosos habituais continuam cometendo ilícitos. Essa função intimidativa da pena é contestada, também, a partir do argumento de que as pessoas, em geral não costumam ler o Código Penal antes de praticar o crime, para avaliar os riscos, as vantagens ou desvantagens, sendo certo, ao contrário disso, que confiam em não serem apanhadas pelo sistema da justiça. Com efeito, se a pena fosse sozinha, eficiente fator de intimidação, os índices de violência e de criminalidade, em países que adotam a execução capital, deveriam ser mínimos, ao contrário do que se verifica na atualidade. O exemplo norte-americano, nesse ponto, é bem apropriado.” BOSCHI, José Antonio Paganella. Op. cit., p. 127.

¹³² “A crítica jurídica da prevenção geral negativa destaca a ineficácia inibidora de comportamento anti-sociais da ameaça penal, como indica a inutilidade das cruéis penas corporais medievais e das nocivas penas privativas de liberdade do direito penal moderno. Nesse sentido, é comum o argumento de que não seria a gravidade da pena – ou o rigor da execução penal -, mas a certeza (ou a probabilidade, ou o risco) da punição que desestimularia o autor de praticar crimes – na verdade, uma velha teoria já enunciada por BECCARIA, sempre retomada como teoria moderna pelo discurso de intelectuais e políticos do controle.” SANTOS, Juarez Cirino dos. **Teoria da Pena: fundamentos políticos e aplicação judicial**. Curitiba: ICPC; Lúmen Júris, 2005, p. 9.

¹³³ “A prevenção geral positiva considera que a pena, enquanto instrumento destinado à estabilização normativa, justifica-se pela produção de efeitos positivos consubstanciados no fortalecimento geral da confiança normativa. (...) Conseqüentemente, a pena encontra sua legitimação no incremento e reforço geral da consciência jurídica da norma.” PRADO, Luiz Régis. Op. cit., p. 556.

¹³⁴ Op. cit., p. 9.

Para Claus Roxin, a natureza relativa da prevenção geral positiva é:

Concebida como uma função no contexto de outras funções declaradas ou manifestas atribuídas à pena criminal, cuja legitimação consiste no objeto de proteção de bens jurídicos de natureza subsidiária porque existem outros meios mais efetivos para sua proteção, e de natureza fragmentária porque realiza proteção parcial dos bens jurídicos selecionados. Nesse sentido Roxin define a chamada integração/prevenção como demonstração da inviolabilidade do Direito, necessária para preservar a confiança na ordem jurídica e reforçar a fidelidade jurídica do povo, destacando uma tríplice superposição de efeitos político-criminais: primeiro, o efeito pedagógico de exercício em fidelidade jurídica, produzido pela atividade da justiça penal; segundo, o efeito de aumento da confiança do cidadão no ordenamento jurídico pela percepção do Direito; terceiro, o efeito de pacificação social pela punição da violação do direito e, portanto, solução do conflito com o autor.¹³⁶

Nesta mesma esteira, ensina Luiz Régis Prado que:

Em linhas gerais, três são os efeitos principais que se vislumbram dentro do âmbito de atuação de uma pena fundada na prevenção geral positiva: em primeiro lugar, o efeito de aprendizagem, que consiste na possibilidade de recordar ao sujeito as regras sociais básicas cuja transgressão já não é tolerada pelo Direito Penal; em segundo lugar, o efeito de confiança, que se consegue quando o cidadão vê que o Direito se impõe; e por derradeiro, o efeito da pacificação social, que se produz quando uma infração normativa é resolvida através de intervenção estatal, restabelecendo a paz jurídica.¹³⁷

Ao contrário do que pensa Claus Roxin, Günther Jakobs¹³⁸ entende que:

¹³⁵ Op. cit., p. 9.

¹³⁶ SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. cit., p. 10.

¹³⁷ Continuando o autor menciona que o conteúdo dessa teoria não tem nada de inovador, tendo em vista que está diretamente relacionada com a teoria retributiva, cuja função da pena justa é a adequação da pena a gravidade do delito e conseqüentemente importa na reafirmação do ordenamento jurídico. Concluindo uma pena justificada pela teoria da prevenção geral positiva nada mais é do que a pena retributiva. Op. cit., p. 557.

¹³⁸ Trabalhou com a idéia de prevenção geral positiva esta teoria Günther Jakobs entende que a pena deve ser aplicada de modo a resgatar o respeito e a integralidade da norma. Indépende dos meios a serem utilizados pelo Estado. A teoria do autor é conhecida como a Teoria do Direito Penal do Inimigo. Essa teoria identifica, em última análise, sujeitos que são inimigos do Estado e permite imaginar uma idéia de existência de perigo extremo. A teoria geral do inimigo do Estado foi utilizada em Nova Iorque, nos Estados Unidos por Rudolph Giuliani, através do programa tolerância zero (com base na teoria das janelas quebradas, que defende a idéia de que até mesmo os pequenos crimes ou delitos banais devem ser punidos para servir de exemplo para a população e evitar outros crimes maiores). Pela teoria de Jakobs, para que se possa legislar tem que ser com base em casos concretos. A própria modificação do rito do Tribunal do Júri é reflexo do caso Nardoni. Da mesma forma que a lei de crimes hediondos foi modificada pela morte da atriz Daniela Perez. E assim se verifica em inúmeras outras situações. No entanto, não se pode esquecer que a lei penal tem caráter genérico.

A prevenção geral positiva é concebida como teoria totalizadora da pena criminal, que concentra as funções declaradas ou manifestas de intimidação, de correção, de neutralização e de retribuição atribuídas à pena criminal pelo discurso punitivo, cuja legitimação consiste no objetivo exclusivo de afirmação de validade da norma, definida como bem jurídico penal por oposição ao conceito de bem jurídico, protegido pelo direito penal. Assim, a prevenção geral positiva é a demonstração da validade da norma, manifestada através de reação contra a violação da norma, manifestada através de reação contra violação da norma realizada as custas do competente, necessária para reafirmar as expectativas normativas frustradas pelo comportamento criminoso. A função positiva de prevenção geral seria dirigida a todos os seres humanos, como exercício de confiança na norma, necessário para saber o que esperar na interação social, de fidelidade jurídica pelo reconhecimento da pena como efeito da contradição da norma e, finalmente de aceitação das conseqüências respectivas, pela conexão do comportamento criminoso com o dever de suportar a pena.¹³⁹

José Antonio Paganella Boschi¹⁴⁰ explica que a prevenção geral positiva de Jakobs compreende a pena como uma forma de manifestação de força do Estado sobre os indivíduos, mas não com o intuito primordial de tutela de bens jurídicos lesados, como pretende a tradicional doutrina, mas, sim, como instrumento de manutenção das expectativas sociais depositadas sobre a norma.

A Teoria da Prevenção Especial¹⁴¹, tem por fim a intimidação do delinqüente ocasional, a reeducação do criminoso habitual corrigível, ou a tornar inofensivo o que se demonstra incorrigível.¹⁴²

Para Sandro Montes Huapaya e Paulo César Busato, o destinatário dessa teoria não é o infrator potencial, a sociedade, mas o próprio apenado. A finalidade, ou o objetivo primário, é evitar a recaída no delito (reincidência).¹⁴³

¹³⁹ SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. cit., p. 11.

¹⁴⁰ Op. cit., p. 121.

¹⁴¹ Segundo Gilberto Ferreira dentre as teorias que apontam como fundamento da pena a prevenção especial podem ser mencionadas as Teorias do Melhoramento e da Emenda e a do Ressarcimento. Op. cit., p. 27.

¹⁴² CARVALHO NETO, Inácio de. Op. cit., p. 21.

¹⁴³ Op. cit., p. 189.

Ensina o autor que os fundamentos da teoria da prevenção especial estão assentados em um período anterior, contemporâneo a Kant, com a Escola Correcionalista, e, posteriormente, com a Escola Positiva Italiana, que se consolidou somente no final do século XIX, com Von Liszt.¹⁴⁴

Sandro Montes Huapaya e Paulo César Busato explicam que Kant, com a Escola Correcionalista, sustentava a idéia de que todo homem é passível de ser corrigido e que a pena deve propor essa a correção do delinqüente, com o intuito de evitar que, no futuro, continue a cometer crimes. Já, em relação à Escola Positiva Italiana, esclarecem que o centro do estudo passa a ser o delinqüente e não o delito. O delinqüente é considerado um doente. Quanto à Escola Sociológica de Von Liszt explanam os autores que a finalidade da pena é satisfazer as necessidades político-sociais com o mínimo sacrifício para o sujeito.¹⁴⁵

Von Liszt destacou, no programa de Marburgo, três formas de atuação da prevenção especial: a intimidação, a correção e a inocuização, ou seja, o programa englobava a defesa social, a intimidação, a neutralização e a ressocialização em conjunto.¹⁴⁶

Concluindo, para Von Liszt a finalidade da pena é:

Prevenir os delitos assegurando a comunidade frente aos delinqüentes mediante o encarceramento; intimidando, através da pena individual; e corrigindo os sujeitos mediante um processo ressocializador. Propõe paralelamente inocuizar ao irressocializável; intimidar o delinqüente ocasional; e corrigir o autor corrigível.¹⁴⁷

¹⁴⁴ HUAPAYA, Sandro Montes; BUSATO, Paulo César. Op. cit., p. 190.

¹⁴⁵ Op. cit., p. 190.

¹⁴⁶ HUAPAYA, Sandro Montes; BUSATO, Paulo César. Op. cit., p. 190.

¹⁴⁷ LISZT, Von *apud* HUAPAYA, Sandro Montes e BUSATO, Paulo César, 2007, p. 191.

Vale mencionar, ainda, Marc Ancel, adepto da Escola da Nova Defesa Social, que elaborou a obra “Defesa Social” (num período pós 2ª Guerra Mundial, na qual estavam presentes o desemprego em massa e a idéia do liberalismo latente), onde defende a idéia de que o delinqüente não deve ser submetido à justiça penal, unicamente com fins expiatórios, de vingança ou de retribuição, pois a aplicação da pena deve ter dupla finalidade, quais sejam: a de curar o condenado e/ou segregá-lo, neutralizá-lo para conter a periculosidade do sujeito.¹⁴⁸

Juarez Cirino dos Santos¹⁴⁹, em relação à dupla finalidade da pena, entende que existem duas formas de prevenção especial; no que concerne à cura do condenado caracterizaria a prevenção especial negativa. Em relação à neutralização do condenado para conter sua periculosidade, caracterizaria a prevenção especial positiva. A neutralização do condenado dar-se-ia mediante a privação da liberdade, impedindo a prática de crimes fora dos limites da prisão, contendo, de certa forma, a periculosidade do condenado.

A teoria da prevenção especial teve os seus méritos, tendo em vista a grande importância dada ao tratamento dirigido ao sujeito, individualizando a pena com um estudo do delinqüente.¹⁵⁰

O aspecto positivo da teoria da prevenção especial é a ressocialização do sujeito (o direito penal tem aptidão e capacidade de ressocialização), que esta fora do padrão e

¹⁴⁸ HUAPAYA, Sandro Montes; BUSATO, Paulo César. Op. cit., p. 192.

¹⁴⁹ Op. cit., p. 24.

¹⁵⁰ HUAPAYA, Sandro Montes; BUSATO, Paulo César. Op. cit., p. 192.

que delinqüiu, que foi socializado no meio dele, sem a atuação do Estado. A idéia da ressocialização é a de trabalhar para reintegrar o sujeito à sociedade.¹⁵¹

O aspecto negativo da teoria da prevenção especial (da defesa social) é a neutralização do sujeito que comete crimes. A idéia de neutralização é boa, porém em curto prazo.¹⁵² Não em longo prazo, porque para sobreviver dentro do sistema penal e penitenciário o sujeito sofre violência extrema. A neutralização do sujeito (impedimento de sua atuação) não pode ferir a sua dignidade.¹⁵³

Nessa mesma esteira, Juarez Cirino dos Santos¹⁵⁴, em sua obra Teoria da Pena, traz algumas críticas à teoria da prevenção especial.

Com relação à teoria da prevenção especial negativa, tem-se que:

a) a privação de liberdade produz maior reincidência e, portanto, maior criminalidade, ou pelos reais efeitos nocivos da prisão, ou pela seletividade desencadeada pelo mera prognose negativa da condenação anterior. b) a privação de liberdade exerce influencia negativa na vida real do condenado, mediante desclassificação social objetiva, com redução das chances de futuro comportamento legal e formação subjetiva de uma auto-imagem de criminoso – portanto, habituado à punição; c) a execução da pena privativa de liberdade representa a máxima desintegração social do condenado, com a perda do lugar de trabalho, a dissolução dos laços familiares, afetivos e sociais, a formação pessoal de atitudes de dependência determinadas pela regulamentação da vida prisional, além do estigma social de ex-condenado; d) a subcultura da prisão produz deformações psíquicas e emocionais no condenado, que excluem a reintegração social e realizam a chamada *self fulfilling prophecy*, como disposição aparentemente inevitável de carreiras

¹⁵¹ A idéia da teoria da prevenção especial é perigosa, na atualidade. Acaba, até mesmo, trazer para a mídia a sensação de insegurança presente na população em geral. Essa defesa social se verifica em algumas leis, tais como os crimes de trânsito, de tráfico de drogas, do novo rito do procedimento do Tribunal do Júri, entre outros.

¹⁵² “A estrita orientação do conceito de ressocialização se encontra já superada. A ressocialização, que é uma das finalidades presentes na prevenção especial, evidencia seu fracasso empírico. Por um lado, resulta uma contradição que dentro das condições atuais que oferecem as prisões se possa falar de um eficaz tratamento ressocializador, ainda quando existem razões fundadas para supor que – pelo menos na execução tradicional da pena privativa de liberdade – o cumprimento de uma pena estimula a recaída no delito.” HUAPAYA, Sandro Montes; BUSATO, Paulo César. Op. cit., p. 192.

¹⁵³ A pena fundada exclusivamente nas exigências preventivo-especiais poderia afrontar o princípio da dignidade humana, na medida em que a necessidade de correção ou de emenda acarretasse a submissão obrigatória a um programa de ressocialização. Visto que não explica os delitos sem perigo de repetição e porque a idéia de adaptação social forçosa mediante uma pena não contém em si mesma sua legitimação, necessitando de fundamentação jurídica. PRADO, Luiz Régis. Op. cit., p. 562.

¹⁵⁴ Op. cit., p. 24.

criminosas; e) prognoses negativas fundadas em indicadores sociais desfavoráveis, como pobreza, desemprego, escolarização precária, moradia em favelas etc., desencadeiam estereótipos justificadores de criminalização para correção individual por penas privativas de liberdade, cuja execução significa experiência subcultural de prisionalização, deformação pessoal e ampliação da prognose negativa de futuras reinserções no sistema de controle; f) finalmente, o grau de periculosidade criminal do condenado é proporcional à duração da pena privativa de liberdade, porque quanto maior a experiência do preso com a subcultura da prisão, maior a reincidência e, portanto, a formação de carreiras criminosas, conforme demonstra o *labeling approach*.¹⁵⁵

Com relação à teoria da prevenção especial positiva, tem-se que:

A função da prevenção especial positiva da pena criminal baseada na noção de crime como problema individual e na concepção de pena como tratamento demonstra o fracasso histórico do projeto técnico-corretivo da prisão. (...) E a explicação da crise é simples: a prisão introduz no condenado em duplo processo de transformação pessoal, de desculturação pelo desaprendizado de valores e normas de convivência social, e de aculturação pelo aprendizado de valores e normas de sobrevivência na prisão, a violência e a corrupção, ou seja, a prisão só ensina a viver na prisão. Em poucas palavras, a prisão prisionaliza o preso que depois de aprender a viver na prisão, retorna para as mesmas condições sociais adversas que determinam a criminalização anterior.¹⁵⁶

Finalmente, cumpre mencionar que, a partir das teorias absolutas ou retributivas e das teorias relativas ou de prevenção, surgiram as teorias mistas.

¹⁵⁵ SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. cit., p. 25-26.

¹⁵⁶ SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. cit., p. 26-28.

2.4.1.3 Teorias Mistas¹⁵⁷

São, também, chamadas de teorias de unificação, ou ecléticas, e surgiram das críticas realizadas contra as teorias absolutas ou retributivas e das teorias relativas ou de prevenção.¹⁵⁸

As teorias mistas ou ecléticas tentam fundir as teorias absolutas ou retributivas e as teorias relativas ou de prevenção, mesclando os conceitos preventivos com os retributivos.¹⁵⁹

Segundo Luiz Régis Prado¹⁶⁰, as teorias mistas procuram conciliar a exigência de retribuição jurídica da pena, com os fins de prevenção geral e de prevenção especial.

O pensamento é corroborado por René Ariel Dotti, quando menciona que:

(...) a teoria mista surge como necessária e importante conciliação entre as teorias absolutas (da reparação, da retribuição divina, da retribuição moral e da retribuição jurídica) e as teorias relativas (contratualistas, do encarceramento, da prevenção mediante a coação psíquica, da defesa indireta de ROMAGNOSI, da prevenção especial, correccionalista e positivista). ... Esta é a tendência das reformas contemporâneas como a da Alemanha Ocidental, do anteprojeto espanhol e das propostas de lei de revisão do Código Penal português (...)¹⁶¹

¹⁵⁷ Um exemplo dessas teorias mistas é o sistema duplo binário ou de via dupla, ou seja, o arbitramento de penas e medidas preventivas conjuntamente ao mesmo réu, presente no Código Italiano de 1930 e recepcionado pelo Código Penal brasileiro de 1940, na sua versão primitiva. Para Eugênio Raul ZAFFARONI, trata-se de um método “esquizofrênico do direito penal”, já que concilia conceitos incompatíveis, a considerar, concomitantemente, ao mesmo homem ou coisa, o castigo (teoria retributiva) e o tratamento (teoria relativa). ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 121-122.

¹⁵⁸ CARVALHO NETO, Inácio de. Op. cit., p. 21.

¹⁵⁹ CARVALHO NETO, Inácio de. Op. cit., p. 21.

¹⁶⁰ Op. cit., p. 562.

¹⁶¹ DOTTI, René Ariel *apud* CARVALHO NETO, Inácio de, 2003, p. 22.

Sandro Montes Huapaya e Paulo César Busato¹⁶² entendem que as teorias mistas surgiram diante do fracasso das teorias retributivas e as teorias preventivas, todavia concluem, da mesma forma, que essas teorias mistas ou ecléticas tiveram o mérito da conciliação das teorias retributivas e preventivas, estabelecendo a importância de cada uma em determinados momentos.

Ademais, as teorias mistas ou ecléticas demonstraram que cada uma das propostas das teorias absolutas ou relativas analisadas individualmente não poderia convencer nem justificar a intervenção penal.¹⁶³

Para Gilberto Ferreira¹⁶⁴ as teorias mistas são um meio termo entre as teorias absolutas e as teorias relativas, sendo assim a pena teria duplo fundamento, quais sejam: a retribuição manifestada, por intermédio do castigo, e a prevenção como instrumento de defesa da sociedade.

Nesse mesmo sentido José Antonio Paganella Boschi explica que:

Os ecléticos situam-se no meio do caminho entre o retribucionismo e o prevenicionismo, tentaram superar o antagonismo e unificar os pontos unificáveis das teorias expostas, atribuindo, ao direito penal, para início de conversa, a função de resguardo da sociedade contra o crime, princípio que transparece nitidamente do movimento de defesa social de Marc Ancel.¹⁶⁵

A doutrina, de acordo com as teorias mistas ou ecléticas, assevera que a pena justa será aquela que puder assegurar melhores condições de prevenção geral (que se dirige indistintamente a totalidade dos indivíduos integrantes da sociedade) e especial (refere-se ao delinqüente em si, concretamente considerado), enquanto potencialmente

¹⁶² Op. cit., p. 194.

¹⁶³ HUAPAYA, Sandro Montes; BUSATO, Paulo César. Op. cit., p. 195.

¹⁶⁴ Op. cit., p. 29.

¹⁶⁵ Op. cit., p. 127-128.

compreendida e aceita pelos cidadãos e pelo autor do delito, que só encontra nela (pena justa) a possibilidade de sua expiação e de retribuição com a sociedade. Dessa forma, a retribuição jurídica torna-se um instrumento de prevenção, e a prevenção encontra na retribuição uma barreira que impede sua degeneração.¹⁶⁶

Luiz Régis Prado¹⁶⁷ afirma que é clara a conexão entre a natureza retributiva da pena e sua função de prevenção geral, visto que a pena somente encontra justificção no delito praticado e na necessidade de evitar a realização de novos delitos. De tal maneira que se torna indispensável que a pena seja justa, proporcional à gravidade do injusto, e a culpabilidade de seu autor, além de necessária à manutenção da ordem social.¹⁶⁸

A partir desses ensinamentos, pode se chegar a conclusão que as teorias mistas ou ecléticas são as que melhor explicam a atual função da pena, devendo-se atribuir à pena a combinação dos três princípios inspiradores, retribuição, prevenção geral e prevenção especial, conforme o momento em que estiver sendo analisada, quais sejam: o momento da previsão legal, o momento da determinação judicial e a fase da execução da pena.¹⁶⁹

No primeiro momento, a pena deve ter a função de proteger os bens jurídicos, sendo um instrumento dirigido a coibir delitos.

¹⁶⁶ PRADO, Luiz Régis. Op. cit., p. 563.

¹⁶⁷ Op. cit., p. 563.

¹⁶⁸ “A aplicação da pena importa reafirmação do ordenamento jurídico e, nesse sentido é de certo modo retribuição”. Op. cit., p. 564.

¹⁶⁹ “Sandro Montes Huapaya e Paulo César Busato explicam que para Roxin, expoente da Teoria dialética da União, a pena, em princípio, não pode superar em sua gravidade o grau de culpabilidade do delinqüente. Só a partir deste limite se pode estabelecer os fins de prevenção geral e prevenção especial. Desta forma Roxin distingue três etapas nos fins das penas: a cominação legal abstrata, que é a pena contemplada na lei e que opera na forma da prevenção geral; a realização da justiça na mediação judicial da pena, na qual a pena opera, (...) finalmente, a etapa da execução penal, na que predomina a prevenção especial tendente a levar a cabo, no possível, a ressocialização do apenado.” Op. cit., p. 196.

No segundo momento, a determinação judicial, em que o juiz deverá individualizar a pena, conforme as características do delito e do autor e por fim pretende-se a reinserção social e reeducação do condenado.

Os fins da pena devem ser perseguidos, no marco penal estabelecido pela culpabilidade pessoal do sujeito (juízo de desvalor do autor do fato), na medida mais equilibrada possível, podendo variar, ainda, em uma, ou outra direção, segundo as características do caso concreto (desvalor do fato do autor).¹⁷⁰

Vale destacar que existem outras teorias, mais modernas, e que possuem um viés de Criminologia. Entre elas existe um pressuposto comum: o Estado é detentor de uma força, mas desigual. O poder do Estado é exercido pela força e no interesse exclusivo de alguns. A finalidade da pena, assim, seria atuar na última instância.

As teorias mais modernas são chamadas de abolicionistas e funcionalistas. Alessandro Baratta e Melossi são precursores de teorias, que levam em consideração uma relação de contrários, que se baseia na obra de Marx, autor que trata dos opostos entre capital e trabalho, no sentido de que o capital deve dirigir o trabalho. Assim, o direito penal visa dar subsistência a essa tensão entre capital e trabalho.¹⁷¹

¹⁷⁰ “Roxin, tenta diferenciar sua teoria das teorias da União, às quais denomina Teorias Retributivas da União, já que em sua colocação a idéia de retribuição não cabe como fim atingível junto às finalidades preventivas. Contudo, destaca em sua postura a culpabilidade como infranqueável no processo de aplicação e limitação da pena. Entende o autor que o princípio de culpabilidade tem uma função independente de toda retribuição. Com isso, ao superar toda idéia de retribuição, sua posição concilia só a prevenção especial e a prevenção geral. Assim, resulta possível a aplicação da pena onde não se faz necessária a ressocialização do apenado, em razão da prevenção geral. Na situação em que existir conflito entre a prevenção geral e prevenção especial, demandando cada uma um grau dispar de pena, a situação se resolve outorgando prevalência a prevenção especial, mas sem excluir de todo a prevenção geral.” HUAPAYA, Sandro Montes; BUSATO, Paulo César. Op. cit., p. 196-197.

¹⁷¹ “As correntes abolicionistas e funcionalistas vêem crescer seus fundamentos legitimadores ante o fracasso dos demais. Sustenta-se que o direito penal evidencia sua incapacidade como instrumento de controle social, e que pelo contrário, constitui um instrumento criminalizador. Por isso, propõe-se, em primeiro lugar, a abolição do direito penal cedendo seu posto para a instância de controle privado. Por outro lado, as correntes funcionalistas se orientam em duas vertentes: uma de corte radical, na linha de Jakobs (prevenção geral positiva fundamentadora), na que se concebe a pena como contradição ao rompimento da norma e que busca sua estabilização, gerando confiança, credibilidade e fidelidade ao direito; a segunda, de corte moderado (prevenção geral positiva desde postulados garantistas, limitadora) que concilia a prevenção geral com os postulados garantistas, limitadores do *jus puniendi*. Com relação as correntes abolicionistas apoiadas no pensamento marxista (...) temos que elas põem

Não se permite a atuação do Estado, de forma indiscriminada, razão pela qual fala-se em direito penal abolicionista (Baratta). Na verdade, propõe-se um modelo democrático de direito penal (princípio da intervenção mínima) e não um Estado Abolicionista.¹⁷²

Nilo Batista e Zaffaroni baseiam suas teorias no fato de existir uma tensão entre Estado de Polícia e o de Estado de Direito.

O Estado Democrático baseia-se na representação de um Estado de maioria e não um Estado de minoria, para a manutenção de seus interesses. Existe a idéia de que o sistema atual vigente tem pouca utilidade. Há ignorância sobre conceitos, ou pressupostos oriundos das normas e uma ignorância na utilização da máquina estatal.

Quanto menor o Estado Democrático de Direito, maior o Estado de Polícia. E quanto maior o Estado Democrático de Direito, menor o Estado de Polícia.

Assim sendo, há uma tendência de se diminuïrem as garantias individuais por esse sistema, mas a população deve concordar com essas reduções, na da idéia de vigilância continua e do medo constante da criminalidade.

em destaque a função estigmatizante e criminalizadora do direito penal que serve a manutenção de uma estrutura social vigente, e que segrega aos que são mais marginalizados. HUAPAYA, Sandro Montes; BUSATO, Paulo César. Op. cit., p. 199.

¹⁷² “(...) a postura abolicionista não prosperou, mas semeou um mecanismo de solução de conflitos com características próprias do direito civil, como a arbitragem e a reparação do dano. Se isso é assim, é evidente que o direito penal estendeu sua competência sobre fatos que dentro do controle social, em *ultima ratio*, não eram de sua incumbência. Se o direito penal só responde a comportamentos intoleráveis para a convivência em sociedade, o que em controle social se identifica como *ultima ratio*, estas formas de solução do conflito não teriam como se sustentar. HUAPAYA, Sandro Montes; BUSATO, Paulo César. Op. cit., p. 200.

2.3.1.4 A influência das teorias sobre fundamentos e finalidades da pena no direito penal brasileiro

As teorias mistas estão representadas no Código Penal e na legislação penal, em geral. No Código Penal estão na exposição de motivos da nova parte geral, após modificações trazidas pela Lei nº. 7209, de 11 de julho de 1984 e, na legislação penal, geral, estão na Lei de Execuções Penais.

Nesse mesmo sentido, Gilberto Ferreira¹⁷³ afirma que o direito brasileiro optou, claramente, pela teoria mista e que pode ser muito bem observada na redação do artigo 59 do Código onde determina que a pena tem dupla finalidade, serve para reprovar a conduta, censurando o seu autor mediante a imposição de uma sanção que, por isso, possui também o caráter de retribuição; serve para a prevenção do crime, tratando de proteger o bem jurídico, a fim de que não se repita a agressão, seja a prevenção geral, exercida sobre os demais, em razão da existência do processo, e da imposição da pena, seja a prevenção especial, para atuar sobre o agente e impedir a sua reincidência. Há de ser necessária, porquanto, se não o for, já não será uma pena justa e suficiente, pois, com a insuficiência, o Estado se divorcia da sua finalidade.¹⁷⁴

Continuando, Gilberto Ferreira¹⁷⁵ afirma que o Direito Penal é mais retribucionista do que prevencionista, sendo a teoria lembrada com o instituto penal do perdão judicial, previsto nos parágrafos 5º e 8º dos artigos 121 e 129 do Código Penal, respectivamente. Entende-se que devido às conseqüências da infração terem alcançado

¹⁷³ Op. cit., p. 32.

¹⁷⁴ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. APLICAÇÃO DA PENA. Publicado em 08/2003. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/Discursos/0001102/APLICA%C3%87%C3%83OPENA-agosto-2003-4a.ed.-22.8.doc>>. (Aula proferida no Curso de Preparação ao Concurso de Juiz de Direito - Escola Superior da Magistratura/RS. Texto básico ampliado e atualizado em agosto de 2003). Acesso em 12 de maio de 2008.

¹⁷⁵ Op. cit., p. 32.

o próprio autor do delito, tão gravemente, desaconselha-se a penalização estatal, pois o sofrimento pretendido com a retribuição já o atingiu. O autor afirma que o legislador aqui foi única e exclusivamente retribucionista.

As teorias preventivas estão, nitidamente manifestadas no Código Penal, na questão da reincidência, como modalidade de intimidação dirigida ao transgressor (prevenção especial), imputando maior rigor na aplicação da pena ao agente reincidente e traduzida no Código Penal como circunstância agravante da pena¹⁷⁶; causa de interrupção do prazo prescricional¹⁷⁷; quando dolosa, impede a suspensão condicional da pena¹⁷⁸; revoga a reabilitação¹⁷⁹, além de perder alguns benefícios. Observa-se, ainda, que a fusão das teorias retributivas e preventivas estão claramente presentes na prescrição, porque atende tanto à prevenção geral, quanto à especial, quando sinaliza o desinteresse do Estado em punir, seja pelo esquecimento da sociedade do crime em si, não servindo mais como exemplo aos demais (prevenção geral) ou porque o criminoso está novamente integrado na sociedade (prevenção especial).

Outras modificações do direito penal tal como o abandono do sistema duplo binário¹⁸⁰, pelo sistema vicariante¹⁸¹, também trazem à baila umas das teorias da pena. Observe-se que o sistema vicariante trata de direito penal de autor, proporcional à sua

¹⁷⁶ “Art. 61. São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime: I – a reincidência.” Código Penal Brasileiro.

¹⁷⁷ “Art. 117. O curso da prescrição interrompe-se: VI – pela reincidência.” Código Penal Brasileiro.

¹⁷⁸ “Art. 77. A execução da pena privativa de liberdade, não superior a 2 (dois) anos, poderá ser suspensa, por 2 (dois) a 4 (quatro) anos, desde que: I – o condenado não seja reincidente em crime doloso.” Código Penal Brasileiro.

¹⁷⁹ “Art. 95. A reabilitação será revogada, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, se o reabilitado for condenado, como reincidente, por decisão definitiva, a pena que não seja de multa”. Código Penal Brasileiro.

¹⁸⁰ Que ensejava a aplicação cumulativa da pena e da medida de segurança ao imputável.

¹⁸¹ Que, dependendo do caso concreto, é recomendado a internação (inimputável) ou tratamento ambulatorial (semi-imputável), ao invés da pena “Art. 97. Se o agente for inimputável, o Juiz determinará sua internação (artigo 26). Se, todavia, o fato previsto como crime for punível com detenção, poderá o Juiz submetê-lo a tratamento ambulatorial. § 1º. A internação, ou tratamento ambulatorial, será por tempo indeterminado, perdurando enquanto não for averiguada, mediante perícia médica, a cessação de periculosidade. O prazo mínimo deverá ser de 1 (um) a 3 (três) anos.” (Código Penal Brasileiro.)

culpabilidade, porém, com ilimitado poder terapêutico, já que deve perpetuar, enquanto não sanada a periculosidade do condenado, um quadro característico da teoria relativa.

Nesse sentido, o autor José Antonio Paganella Boschi ensina que:

Dentre as outras, modificações importantes foram produzidas pelas leis nº 7209 e nº 7210/84, a matriz inspiradora da redação primitiva do Código Penal, houve a eliminação do sistema do duplo binário – que ensejava aplicação cumulativa de pena e de medida de segurança – com a reserva de incidência destas últimas só aos casos de inimputabilidade, em que o agente, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, demonstra não possuir consciência do caráter ilícito do fato nem poder determinar-se de acordo com esse entendimento (art. 26, *caput*). As funções de prevenção e assistência, antes conferidas as medidas de segurança, acabariam sendo, então com a Reforma, absorvidas pelas penas (...)”¹⁸²

Continuando, o autor afirma que a reforma preservou a noção utilitarista quando a quantidade da pena vem atrelada às suas finalidades, quais sejam, reprovação (teoria retributiva) e prevenção (teoria relativa) do crime¹⁸³.

Nesse mesmo contexto, Gilberto Ferreira¹⁸⁴ faz referência à reforma penal de 1977 e a de 1984, as quais ampliaram o poder discricionário do juiz, na medida em que ampliou o leque de possibilidades de repressão, inclusive com a criação de penas substitutivas.

Prosseguindo, o doutrinador¹⁸⁵ faz referência às circunstâncias judiciais do crime, enumeradas do artigo 59¹⁸⁶ do Código Penal Brasileiro, e objeto deste estudo, como critérios basilares a orientar o Magistrado no momento da dosimetria da pena, da

¹⁸² Op. cit., p. 129.

¹⁸³ Artigo 59 do Código Penal.

¹⁸⁴ Op. cit., p. 32.

¹⁸⁵ Op. cit., p. 32.

¹⁸⁶ São elas: culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos, circunstâncias e conseqüências do crime, assim como o comportamento da vítima.

escolha do regime inicial de cumprimento da sanção (fechado, semi-aberto e aberto), de determinar a substituição da pena privativa de liberdade, por outra espécie, ou da suspensão condicional da pena, sempre com o propósito da real necessidade de reprovação e prevenção do crime.

3 DOSIMETRIA DA PENA

A dosimetria da pena é o momento mais importante do aplicador do direito penal e processual penal. É nessa oportunidade que o julgador, revestido do poder jurisdicional, que o Estado lhe confere, aplica ao indivíduo uma sanção, que é a reprovação estatal pelo crime cometido através da pena imposta, objetivando com isso, a prevenção do crime e a sua correção. Portanto, é por intermédio de punição que o Estado, legítimo detentor do *jus puniendi*, exterioriza e concretiza a reprovação do ato praticado.¹⁸⁷

O magistrado Gilberto FERREIRA assinala em sua obra que:

Estabelecer uma pena justa, entretanto, não é uma obra fácil. Nos ombros do julgador recai uma incomensurável responsabilidade, pois da aplicação da pena depende o destino de uma pessoa e, muitas vezes, de sua família. Não é tarefa que se faça as pressas sem meditação. (...) Daí, ser grande a responsabilidade do juiz brasileiro. Tem diante de si um sistema carcerário falido (...) Por isso que é na aplicação da pena que o juiz se revela. É ali que demonstra seu conhecimento, sua sapiência e, sobretudo, seu bom senso. Diante das dificuldades cabe-lhe, pois, os olhos abertos, encontrar a melhor solução dentro do leque de opções que a legislação oferece.¹⁸⁸

Prosseguindo o magistrado Gilberto FERREIRA, menciona ainda que:

Engana-se quem pensa que a aplicação da pena seja um ato mecânico, de simples cálculos aritméticos. Não. A arte de aplicá-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.¹⁸⁹

¹⁸⁷ Op. cit., p. 47.

¹⁸⁸ *Idem*.

¹⁸⁹ Op. cit., p. 21.

O fundamento da dosimetria da pena é, sem dúvida, a individualização da pena aplicada a cada indivíduo, de forma diferenciada, para que haja uma justa punição do sujeito criminoso, levando em conta os fatos subjetivos, inerentes a cada um, assim não tornando o Direito uma matéria exata, fixa, estática puramente positivada.¹⁹⁰

¹⁹⁰ O juiz não é simples aplicador da lei, como se fosse mero carimbo do legislador. Deve raciocinar com lei, sim, todavia, em função do Direito. O juiz como agente político deve fazer a crítica da lei a fim de ajustá-las ao Direito.

4 PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

4.1 Conceito e importância

O conceito de individualizar é tornar uma situação, algo ou alguém individual, isto é, particularizar, detalhar o que antes era genérico. Possui o condão de especializar o geral; enfim, possui o enfoque de evitar a estandardização, distinguir algo ou alguém, dentro de um contexto.¹⁹¹

Individualizar a pena denota uma escolha justa e adequada da sanção penal ao sentenciado, observando-se alguns critérios como o montante, o perfil e os efeitos penderes sobre o sentenciado, tornando-o único e distinto dos demais infratores, ainda que co-autores ou mesmo co-réus.¹⁹²

Quanto à finalidade da individualização da pena, para Guilherme de Souza Nucci, significa a fuga da padronização da pena, da mecanizada ou computadorizada aplicação da sanção penal, que prescindida da figura do juiz, como ser pensante, adotando-se, em seu lugar, qualquer programa ou método que leve a pena pré-estabelecida, segundo um modelo unificado, empobrecido e, sem dúvida do injusto.¹⁹³

Para Gilberto Ferreira¹⁹⁴, a individualização da pena é princípio constitucional¹⁹⁵ e garante tratamento personalizado ao condenado a considerar seus atributos pessoais e características do delito, em detrimento da padronização pautada,

¹⁹¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da Pena**. 2ª ed. rev., atua. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 30.

¹⁹² NUCCI, Guilherme de Souza. Op. cit., p. 30.

¹⁹³ *Idem*.

¹⁹⁴ Op. cit., p. 49.

¹⁹⁵ “(...) A individualização da pena é uma garantia constitucional. Está prevista no artigo 5º, inciso XLVI da Constituição Federal e mantém íntima ligação com outros princípios constitucionais (...)” FERREIRA, Gilberto. **Aplicação da Pena**. Op. cit., p. 49.

simplesmente, em fórmulas matemáticas ou tabelas pré-determinadas correspondentes aos crimes.

O autor afirma, ainda, que:

Não existe na natureza nada que possa ser considerado exatamente idêntico. Cada ser é único. Não existe uma árvore que seja rigorosamente igual à outra, ou mesmo uma folha, uma pedra, um animal. Todos, na sua individualidade, são diferentes. O homem principalmente. Por isso, não se pode dispensar o mesmo tratamento igualitário para as pessoas que não são iguais.¹⁹⁶

Analisando a afirmativa, o doutrinador Jorge Vicente Silva¹⁹⁷ ensina que, com relação aos objetos materiais, em que poderia haver uma probabilidade de se encontrar certa igualdade, na verdade não existe. Com relação aos seres humanos, qualquer pretensão neste sentido torna a busca inglória, porque jamais há de se encontrar um indivíduo exatamente igual a outro.

Desta forma, como os seres humanos não são iguais e os crimes também não, então, deve ser aplicada uma pena para cada tipo de criminoso e para cada crime, visto que, o crime é a violação de um bem jurídico, que o legislador considera fundamental para o Estado. E, sendo violado o bem jurídico, cabe aplicar ao criminoso uma pena, que deve ser necessária e suficiente, para retribuir o mal causado, ou, de outro modo, deve ser necessária e suficiente para evitar a prática de novos crimes, ou ainda de atingir as duas finalidades ao mesmo tempo, quais sejam, retribuir o mal e prevenir a prática de novos crimes.¹⁹⁸

¹⁹⁶ *Idem.*

¹⁹⁷ Op. cit., p. 232

¹⁹⁸ Nesse sentido é que Gilberto Ferreira afirma que “para cada tipo de crime haverá uma pena justa (em qualidade e quantidade) única e exclusiva, suficiente para reprimir e prevenir. Ocorre que, como as pessoas não iguais, e os crimes praticados, idem, o legislador – a quem, em tese, compete prever o que é bom e o que é ruim para seu povo – jamais poderia estabelecer *a priori*, a pena que deveria ser aplicada para cada tipo de criminoso

A individualização da pena inicia-se na elaboração da lei (individualização legislativa), quando são escolhidos os fatos puníveis, as penas aplicáveis, os seus limites e critérios de fixação. A individualização feita na sentença, ao réu, no caso concreto, corresponde à segunda fase (individualização judicial), seguida da individualização executória, durante o cumprimento da pena.¹⁹⁹

Segue esse mesmo raciocínio Gilberto Ferreira²⁰⁰, quando menciona que a individualização da pena ocorre em três níveis:

- a) legislativo, quando o legislador estabelece os limites máximo e mínimo da pena e fixa outras regras às quais o juiz deve obedecer;
- b) judicial, quando o juiz, atento às circunstâncias do crime, do agente e da vítima, fixa a pena cabível que melhor retribua e previna o crime;
- c) executório, quando a execução da pena se faz segundo critérios jurídico-administrativos, pelo juiz da execução e com auxílio do pessoal penitenciário.²⁰¹

Também, Guilherme de Souza Nucci afirma que:

A individualização da pena desenvolve-se em três etapas distintas. Primeiramente, cabe ao legislador fixar, no momento de elaboração do tipo penal incriminador, as penas mínima e máxima, suficientes e necessárias para a reprovação e prevenção do crime. É a individualização legislativa. Dentro dessa faixa, quando se der a prática da infração penal e sua apuração, a tua o juiz, elegendo o montante concreto do condenado, em todos os seus prismas e efeitos. É a individualização judiciária. Finalmente, cabe ao magistrado responsável pela execução penal determinar o cumprimento individualizado da sanção aplicada. Ainda que dois ou mais réus, co-autores de uma infração penal, recebam a mesma pena, sabe-se que o progresso na execução pode ocorrer de maneira diferenciada. Enquanto um deles pode obter a progressão do regime fechado ao semi-aberto em menor tempo, outro pode ser levado a aguardar maior período para obter o mesmo benefício.

e de crime. Por isso, surgiu a idéia de que a pena deveria ser individualizada, vale dizer, individual, para cada indivíduo, conforme merecer.” Op. cit., p. 49.

¹⁹⁹ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Op. cit.

²⁰⁰ “A história demonstrou que a individualização feita exclusivamente pelo legislador não era proporcional sendo, portanto, injusta. Comprovou, também, que deixar essa tarefa ao livre arbítrio do magistrado poderia levar a abusos. Chegou-se, então a um meio termo. O legislador estabeleceria um mínimo e um máximo em valores abstratos para cada crime, deixando ao juiz a incumbência de fixar, dentre esse mínimo e esse máximo, a pena cabível a cada espécie.” Op. cit., p. 49.

²⁰¹ Op. cit., p. 49-50.

Assim também ocorre com a aplicação de outros instrumentos, como, exemplificando, o livramento condicional ou o indulto coletivo ou individual. É a individualização executória.²⁰²

Cabe mencionar que relativamente à individualização da pena, o estudo direciona-se ao aspecto da individualização judiciária da pena.²⁰³

Segundo SALEILLES individualizar a pena é “aplicá-la de acordo com o indivíduo que praticou a infração penal.” (SALEILLES *apud* FERREIRA, Gilberto, 2004, p. 50).

Para MEZGER, a individualização da pena “é a medida da pena dentro do marco penal legal. Sua missão fundamental consiste em adaptar a personalidade do autor à pena que resulta do ato.” (MEZGER *apud* FERREIRA, Gilberto, 2004, p. 50).

O doutrinador Gilberto Ferreira afirma que individualizar a pena é função do juiz, consistente em escolher, depois de analisar os elementos que dizem respeito ao fato, ao agente e a vítima, a pena que seja necessária e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

Portanto, é através da individualização da pena que o juiz pode aplicar o princípio da igualdade, em seu verdadeiro sentido, procurando manter o equilíbrio

A individualização judicial da pena é uma garantia do réu e deve ser sempre fundamentada, não de forma vazia, com a repetição dos dizeres da lei e termos abstratos, mas com a indicação precisa dos fatos provados nos autos. A boa individualização judicial depende de o juiz ter-se preocupado, durante a instrução do

²⁰² Op. cit., p. 32.

²⁰³ “A individualização da pena tem o significado de eleger a justa e adequada sanção penal, quanto ao montante, ao perfil e aos efeitos pendentes sobre o sentenciado, tornando-o único e distinto dos demais infratores, ainda que co-autores ou mesmo co-réus.” NUCCI, Guilherme de Souza. Op. cit., p. 30.

feito, com a colheita e o registro dos elementos, que serão necessários para a posterior definição da pena.²⁰⁴

Guilherme de Souza Nucci enfatiza que o Juiz está preso aos parâmetros legais e dentre eles pode eleger suas opções, para alcançar uma aplicação justa da lei penal, acolhendo às exigências da espécie concreta, isto é, as suas singularidades, as suas diferenças objetivas e, principalmente, à pessoa a quem a punição se destina²⁰⁵. Todavia, visando evitar a imparcialidade do julgador, ou a impossibilidade, mesmo que inconsciente, de se neutralizar, das suas experiências e preconceitos pessoais, o livre convencimento do julgador deve ser vigiado, ou melhor, controlado a partir da exigência constitucional da fundamentação de suas decisões (art. 93, IX, CR/88).²⁰⁶

A individualização da pena é a ocasião em que o juiz pode fazer realmente justiça e não tão somente aplicar o Direito, para tanto utiliza-se de alguns princípios, quais sejam: princípio da legalidade²⁰⁷, princípio da isonomia²⁰⁸, princípio da proporcionalidade, princípio da responsabilidade pessoal²⁰⁹ e da culpabilidade²¹⁰ e princípio da humanidade.

²⁰⁴ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Op. cit.

²⁰⁵ Op. cit., p. 30.

²⁰⁶ “Sua finalidade e importância é a fuga da padronização da pena, da mecanizada ou computadorizada aplicação de sanção penal que prescindida da figura do juiz, como ser pensante, adotando-se em seu lugar qualquer programa ou método que leve a pena pré-estabelecida, segundo um modelo unificado, empobrecido e, sem dúvida, injusto.” Op. cit., p. 30.

²⁰⁷ “Art. 5º, XXXIX. Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.” (Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.)

²⁰⁸ “Art. 5º, caput. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza...” (Id.)

²⁰⁹ “Art. 5º, XLV. Nenhuma pena passará da pessoa do condenado...” (Id.)

²¹⁰ Não há crime sem dolo ou sem culpa – previsto no art. 18 do Código Penal Brasileiro.

4.1.1 Princípio da legalidade²¹¹

A noção tradicional do princípio é a de que ninguém está obrigado a fazer algo, senão em virtude de lei. No direito penal, prevalece a idéia de que o Estado só pode intervir sobre o indivíduo se houver crime anterior. Assim, ao cidadão é permitido fazer tudo o que não é proibido. O Estado só pode atuar nas situações em que a lei permite essa atuação. Fala-se, portanto, em princípio da legalidade absoluta.

O princípio da legalidade está contido no artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal, que dispõe: “Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

A primeira idéia do princípio da legalidade é a de que não há crime e não há pena sem lei prévia.²¹² Todavia, somente estas noções não bastam²¹³, isto porque mesmo uma lei anterior e escrita pode não dar a eficácia pretendida pelo direito penal. A lei penal aplicável deve ser aquela que foi oriunda de processo legislativo formal. Assim, o direito penal deve ser tratado, no mínimo, por meio de uma lei ordinária. Não se admitem leis de emergência (medida provisória, resoluções, etc). E, mais a lei tem que ser escrita, proibindo desta forma a utilização dos costumes no direito penal. A lei deve ser estrita, proibindo a analogia, em desfavor do acusado.

²¹¹ “Definido por Ferrajouli como o primeiro postulado do positivismo jurídico, porque, por meio dele, identificamos o direito vigente como objeto exaustivo e exclusivo da ciência penal, estabelecendo que só as leis – e não a moral ou outras fontes externas – podem dizer que só as leis podem dizer o que é delito (...)” BOSCHI, José Antonio Paganella. Op. cit., p. 55.

²¹² “O princípio da legalidade tornou-se conhecido a partir de 1813, a partir do enunciado de Anselm Von Fuerbach, o fundador da escola alemã moderna, segundo o qual ‘não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal’(...)” BOSCHI, José Antonio Paganella. Op. cit., p. 55.

²¹³ “A concepção original do princípio da legalidade acabou sendo modificada para, como gênero – ou princípio reitor – envolver três espécies de princípios (ou subprincípios): os da reserva legal, da irretroatividade e da enumeração taxativa.” BOSCHI, José Antonio Paganella. Op. cit., p. 56.

Por fim, o princípio da legalidade previsto no artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal, demonstra a evidente intenção de circunscrever a sanção penal a parâmetros fixados em lei, distantes do abuso e do arbítrio de quem quer que seja.

Dessa forma para a individualização da pena legítima, é indispensável que haja pena em lei anteriormente prevista.²¹⁴

4.1.2 Princípio da igualdade

Para Guilherme de Souza Nucci²¹⁵, o princípio da igualdade²¹⁶ não deve ser tratado dessa forma, não obstante a Constituição Federal ter proposto a sua adoção, sendo mais adequada a utilização da denominação isonomia, por possuir um significado mais amplo e harmônico, inclusivo com o objetivo do estudo da individualização da pena.

O princípio constitucional de que todos são iguais perante a lei deve ser interpretado segundo o seu verdadeiro sentido, qual seja, todos devem ser tratados desigualmente perante a lei, para assim se ter a verdadeira equidade, onde os desiguais são tratados desigualmente, assim dando-se o equilíbrio necessário na balança da justiça.²¹⁷

²¹⁴ “... a anterioridade trata-se de um corolário natural da legalidade, pois, sem ele haveria total inutilidade para a reserva legal. De nada valeria exigir-se lei para que o crime possa existir e como tal ser aplicado pelo Poder Judiciário se a figura típica pudesse ser criada após a prática do fato. A segurança seria iníqua e frustrante. Por isso, juntamente com a legalidade está posto no mesmo inciso XXXIX do art. 5º o princípio da anterioridade (não há crime sem prévia lei, nem pena sem prévia cominação). (...) o ponto de equilíbrio entre os princípios da legalidade e da individualização da pena reside na predeterminação legal, para cada figura de infração penal, de uma moldura de pena, ou seja, um mínimo e um máximo, dentro do qual o juiz deve escolher a pena adequada ao caso concreto.” NUCCI, Guilherme de Souza. Op. cit., p. 35.

²¹⁵ Op. cit., p. 35.

²¹⁶ “...todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza...”, art. 5º, *caput* da CF)

²¹⁷ FERREIRA, Gilberto. Op. cit., p. 49.

Como disse Claus Roxin, reconhecendo a diferença, “quando o ordenamento jurídico parte da idéia de igualdade de todas as pessoas, não pretende propor a máxima absurda de que todas as pessoas sejam realmente iguais, senão que ordena que os homens devam receber da lei um tratamento igual”. (ROXIN, Claus *apud* BOSCHI, José Antonio Paganella, 2006, p. 49).

José Paganella Boschi²¹⁸ afirma, em relação à igualdade, que, perante a lei, os diferentes devem ser considerados sempre necessariamente iguais, como propõe o enunciado do artigo 5º da CF, no sentido de que não podem eximir-se das conseqüências civis ou penais dos atos ilícitos, que, eventualmente, cometerem. Assim menciona que tratar igualmente aos iguais e desigualmente aos desiguais é a máxima em que se assenta a justiça retributiva. Afirma ainda que o princípio da igualdade, na lei, é endereçada ao legislador, que está desautorizado a editar leis criando ou aumentando as diferenças entre as pessoas.

Para Guilherme de Souza Nucci:

os seres humanos são naturalmente desiguais, desse modo o direito deve tratar a todos de maneira igualitária, o que significa prever, nas normas, que possuem os mesmos destinatários, critérios que possam assegurar a cada um o que é seu, bem como, quando necessário, tratar desigualmente os desiguais, fórmula mais próxima do ideal de isonomia material e não meramente formal. A igualdade perante a lei, portanto, é um princípio que se volta ao legislador e ao aplicador do direito, determinando ao primeiro a construção de um sistema de normas viáveis de modo a garantir, no momento da aplicação, que as diferenças naturais entre os destinatários dessas normas sejam respeitadas, viabilizando a concretização da isonomia.²¹⁹

Ainda, menciona que, no âmbito penal, o legislador deve elaborar tipos penais incriminadores, que tenham validade para todos, visto que não seria concebível de se

²¹⁸ Op. cit., p. 51/52.

²¹⁹ Op. cit., p. 36.

aceitar como criminosa uma determinada conduta para uns, não o fazendo para outros, sendo que cumprem plenamente as mesmas características e estejam inseridos em idêntico contexto.²²⁰

O legislador cria o tipo penal incriminador, o faz sob a ótica de ser aplicado a todos os indivíduos; porém, o tratamento desigual do indivíduo para a cominação do *quantum* de pena é essencial.²²¹ Caberá ao juiz a eleição desse *quantum* compatível com a situação concreta do fato e de seu autor. Ademais, é de responsabilidade do magistrado atenuar as desigualdades sociais na aplicação da lei penal, pois afinal, outra não é a função do princípio constitucional da individualização da pena, visando a concretização da igualdade perante a lei, mas desigualando, na prática, os desiguais, rendendo culto à isonomia.²²²

²²⁰ *Idem.*

²²¹ Por exemplo, em um homicídio (art. 121 do Código Penal), é prevista a qualquer indivíduo que ceife a vida de outra pessoa uma pena abstrata com um mínimo e um máximo, porém o juiz levará em conta atributos intrínsecos a cada indivíduo não podendo a pena ser a mesma para quem matou por inveja, com a de quem foi levado por uma forte emoção e muito menos a quem o fez em legítima defesa, esse último ainda, sendo uma excludente de ilicitude, torna o ato legal. Assim sendo nem toda pessoa que mata é conseqüentemente criminosa. É aqui que se percebe a consagração do princípio da isonomia. Apesar dos réus serem iguais perante a lei, são tratados desigualmente devido a sua posição de desigualdade. Aqui se está diante da individualização da pena.

²²² NUCCI, Guilherme de Souza. Op. cit., p. 36-37.

4.1.3 Princípio da proporcionalidade²²³

Esse princípio tem por objetivo impedir uma desproporção ou um desequilíbrio entre a lesão praticada contra o bem jurídico protegido, exposto ao perigo ou ameaçado, e a cominação legal imposta *in concreto*, tendo como destinatários, não só o legislador, mas também, e principalmente, o juiz, porque cabe ao mesmo estabelecer, dentro da margem de arbítrio que possui, entre o mínimo e o máximo previsto no tipo *in abstracto*, uma pena *in concreto* que seja proporcional aos fatos, de ordem objetiva e subjetiva, que digam respeito ao delito consumado. Ou seja, nada mais é, do que a aplicação harmônica dos princípios constitucionais e das normas infraconstitucionais²²⁴. Assim as penas são proporcionais aos delitos e não penas exageradas para determinados delitos, considerados de menor importância, bem como estipular sanções brandas para crimes potencialmente mais ofensivos.²²⁵

O princípio pode ser observado no artigo 59 do Código Penal, quando dispõe que o “quantum” da pena-base deve ser “necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime”. Também, pode ser observado o princípio, nos artigos 44 e 77 do Código Penal.²²⁶

²²³ “O princípio da proporcionalidade surgiu com Beccaria, no século XVIII, relacionado as idéias de limitação do poder punitivo do Estado medieval e de humanização das penas. (...) o princípio da proporcionalidade em sentido amplo é também chamado de princípio da proibição do excesso (...) o princípio da proporcionalidade, na prática, em matéria penal, propõe que ‘enquanto a pena não seja muito severa, reduzirá a possibilidade de vinganças privativas e as formas de autojustiça. Enquanto não seja excessivamente elevada e desproporcional ao fato, evitará a punibilidade de formas de simpatia pública para com o condenado, o que enfraquece a legitimidade do ordenamento jurídico.” BOSCHI, José Antonio Paganella. Op. cit., p. 72.

²²⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. Op. cit., p. 37.

²²⁵ Assim como não teria sentido aplicar uma pena de multa para um crime de homicídio, como também não teria sentido aplicar uma pena privativa de liberdade a quem escuta o som automotivo em volume alto.

²²⁶ “(...) é com base no mesmo critério de necessidade e suficiência que o juiz processa a substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direito ou multa (CP, art. 44) e, residualmente, a concessão ou não do *sursis* (CP, art. 77). BOSCHI, José Antonio Paganella. Op. cit., p. 73.

Aplicando o princípio, o juiz realiza um juízo de ponderação, de modo a encontrar, diante de um caso concreto, com o qual se depara, a medida adequada, necessária, e que mantenha uma relação lógica, tanto com a finalidade almejada com a pena, quanto com a natureza e as conseqüências da conduta praticada.

Cabe ressaltar que essa graduação de pena proporcional, não propõe uma quantificação exata de pena.²²⁷

4.1.4 Princípio da responsabilidade pessoal e da culpabilidade

Para o princípio da responsabilidade pessoal e da culpabilidade, a pena não passará da pessoa do delinqüente, de acordo com o artigo 5º, XLV, da Constituição Federal, o qual objetiva evitar os males do passado, quando o Estado considerava eficaz a punição a parentes e amigos do criminoso. Assim, a individualização da pena tem por finalidade dar a concretude ao princípio de que a responsabilidade penal é sempre pessoal, jamais estendendo-se a outras pessoas, senão ao criminoso.²²⁸

O princípio relaciona diretamente, a pena com o agente do fato criminoso, e este tem que ter agido, no mínimo, com dolo ou culpa.

Nesse sentido, Guilherme de Souza Nucci²²⁹ leciona que, como decorrência da responsabilidade pessoal, encontra-se implicitamente previsto o princípio da culpabilidade (não há crime sem dolo e sem culpa). E, se a pena relaciona-se diretamente com o agente do fato criminoso, é de suma importância que este atue com dolo ou com culpa, evitando-se a malfadada responsabilidade penal objetiva.

²²⁷ BOSCHI, José Antonio Paganella. Op. cit., p. 73.

²²⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da Pena**. Op. cit., p. 39.

²²⁹ *Idem*.

Quanto ao princípio da culpabilidade, decorrente da garantia da dignidade da pessoa humana, conferida pela Constituição, inspira a caracterização do crime, fundamenta e limita a aplicação da pena, em sintonia com os fins aos quais se vincula, isto é, o de que a pena é personalíssima, não podendo ultrapassar a pessoa do delinqüente e a medida da reprovação social por ele merecida.²³⁰

4.1.5 Princípio da humanidade

Em nosso ordenamento jurídico, a Constituição Federal, em vários artigos, consagrou o princípio da humanidade das penas, como se pode observar nos incisos XLIX e L, do artigo 5º, assegurando respeito à integridade física e moral dos presos, e garantindo às mulheres condenadas as condições para que possam permanecer com seus filhos, durante o período de amamentação.²³¹ A Carta Magna, determina também, que não haverá penas de morte, salvo em guerra declarada, de acordo com o artigo 84, XIX, prisão perpétua, de trabalhos forçados, de banimento e penas cruéis conforme artigo 5º, XLVII.²³²

A individualização da pena, segundo Guilherme de Souza Nucci²³³, encontra liame com o princípio da humanidade, sobretudo no que diz respeito à individualização executória da sanção penal.²³⁴ Sendo assim, o Estado, através da utilização das regras de Direito Penal, deve aplicar a pena buscando o bem-estar de

²³⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. Op. cit., p. 40.

²³¹ BOSCHI, José Antonio Paganella. Op. cit., p. 54.

²³² NUCCI, Guilherme de Souza. Op. cit., p. 40.

²³³ *Idem*.

²³⁴ As lamentáveis condições de vida em nossas prisões, não são segredo para ninguém. O sistema carcerário brasileiro não tem cumprido seu principal objetivo, que é reintegrar o condenado ao convívio social, de modo que não volte a delinqüir.

todos os indivíduos da sociedade, inclusive do condenado, até porque uma das finalidades da pena é a sua ressocialização.

O juiz, ao individualizar as penas, na sentença, deve realizá-la com base no princípio da humanidade, visto que, sem ele, as penas voltariam a ser o mal contra o crime, desprovidas, portanto, de finalidades construtivas ou integradoras. Vale ressaltar, ainda, que esse princípio oferece firmeza ao dever de respeito a pessoa humana.²³⁵

²³⁵ BOSCHI, José Antonio Paganella. Op. cit., p. 55.

4. SISTEMA TRIFÁSICO DE APLICAÇÃO DA PENA

4.1. Evolução histórica do Direito Penal Brasileiro

O Direito Penal brasileiro tem sido objeto de constantes modificações, influenciadas pelas correntes de pensamentos, ao longo do tempo.

Quando o Brasil foi descoberto, havia, a ausência de um direito penal. O povo indígena, que povoava o Brasil, não possuía um Direito Indígena. O estágio de civilização em que viviam não era suficiente para influenciar a vida social, política e jurídica da colônia que emergia.

Na época em que o Brasil foi descoberto, Portugal adotava as normas inseridas nas Ordenações Afonsinas²³⁶, em que a prisão (pena privativa de liberdade) era usada como meio de garantir o julgamento, ou como meio coercitivo ao pagamento da pena pecuniária.²³⁷

Ulteriormente, nas Ordenações Manuelinas²³⁸, a partir do reinado de D. Manuel (1514-1603) manteve-se quase idêntica, pois, a prisão existia como forma de coerção, até a prolação da decisão final e conseqüente coordenação.

A partir de 1.603, surgiram as Ordenações Filipinas²³⁹ idênticas às anteriores.

²³⁶ Lei promulgada por Dom Afonso V, em 1446. Vigorou até 1521. Serviu de modelo para as ordenações posteriores, mas nenhuma aplicação teve no Brasil.

²³⁷ CARVALHO NETO, Inácio de. Op. cit., p. 16.

²³⁸ As Ordenações Manuelinas continham as disposições do Direito Medieval, elaborado pelos práticos, e confundiam religião, moral e direito. Vigoraram no Brasil entre 1521 e 1603, ou seja, somente após o seu descobrimento, não chegando a ser verdadeiramente aplicadas porque a justiça era realizada pelos donatários.

²³⁹ As Ordenações Filipinas vieram a ser aplicadas efetivamente no Brasil, sob a administração direta do Reino. Tiveram vigência a partir de 1603, findando em 1830 com o advento do Código do Império. A matéria penal estava contida no Livro 5, denominado o *Famigerado*. As penas fundavam-se na crueldade e no terror. Distinguiam-se pela dureza das punições. A pena de morte era aplicada com freqüência e sua execução realizava-se com peculiares características, como a morte pelo fogo até ser reduzido a pó e a morte cruel marcada por tormentos, mutilações, marca de fogo, açoites, penas infamantes, degredos e confiscações.

Então, pode-se dizer que nos primórdios da colonização, o sistema penal brasileiro era regulado pelas Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas, as quais consagravam a desigualdade de classes perante o crime, devendo o juiz aplicar a pena, de acordo com a gravidade do caso e a qualidade da pessoa. Os nobres, em regra, eram punidos com multa, aos peões ficavam reservados os castigos mais pesados e humilhantes.

Com o advento da Independência, a Assembléia Constituinte de 1823 decretou a aplicação provisória da Legislação do Reino; continuaram, assim, a vigorar as Ordenações Filipinas²⁴⁰, até que, com a Constituição de 1824, foram revogadas, parcialmente. Naquele mesmo ano de 1823, foi decidido que se deveria elaborar um Código Criminal.²⁴¹

O Código Criminal do Império, publicado em 16 de dezembro de 1830, reduziu o número de delitos punidos com morte, a qual era executada mediante enforcamento, de setenta para apenas três (insurreição de escravos, homicídio com agravante e latrocínio), prevendo, ainda, as penas de degrado, galés, banimento, desterro e multa.²⁴²

Com a proclamação da República, foi editado o Código Penal de 1890, antecedido pelo Decreto 774/1890, que aboliu as galés, limitou em trinta anos a pena

²⁴⁰ As Ordenações Filipinas cominavam a pena de morte em mais de setenta casos.

²⁴¹ O Código de 1830 sofreu influências do Código Francês de 1810 e da Baviera de 1813, tendo, por sua vez, influenciado o Espanhol de 1848, que foi a base do de 1870 e que, por sua vez, veio a se constituir em modelo para os demais códigos de língua espanhola. Vê-se, assim, a importância de nosso Código do Império. Apesar disso recebeu severas críticas, porque foi considerado liberal, estabeleceu a imprescritibilidade das penas, considerou a religião com primazia — incriminação dos delitos religiosos como mais importantes — e manteve a pena de morte.

²⁴² CARVALHO NETO, Inácio de. Op. cit., p. 16.

de prisão perpétua, instituiu a prescrição das penas e mandou computar, na pena, o tempo de prisão preventiva.²⁴³

Adveio a Revolução de 1937, e, na vigência do Estado Novo foi outorgada nova Carta Política autoritária. Foi no governo de Vargas, em 1940, estabelecido o rol de penalidade por práticas delituosas, a reclusão, cuja pena máxima é de 30 anos, a detenção com a gratificação mais severa em 3 anos, enquanto a prisão simples ficou relegada à Lei das Contravenções Penais. Foi editado, então, o Decreto n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940²⁴⁴, que começou a vigorar somente em 1º de janeiro de 1942, a fim de que pudesse se tornar conhecido.²⁴⁵

Ressalta-se que, no Código de 1940, proveniente de um projeto preparado durante um período revolucionário, quando o Estado era a força maior, deu-se maior importância à figura humana — predomínio dos direitos individuais —, relegando os crimes contra o Estado ao último lugar da lista. Tratava-se de um código eclético, pois não se filiou a nenhuma escola. Suas principais características: pena e medida de segurança; individualização da pena; tecnicamente moderno.²⁴⁶

Em 1962, Nelson Hungria ficou encarregado de elaborar um novo projeto de Código. Em 1964, foi designada uma comissão para a revisão do projeto final, composta pelo próprio Nelson Hungria, Aníbal Bruno e Heleno C. Fragoso.

O Código Penal, como já dissemos, foi instituído pelo Decreto-Lei n. 2.848/40, nos termos do art. 180 da Constituição de 1937. Daí em diante, sofreu várias

²⁴³ CARVALHO NETO, Inácio de. Op. cit., p. 17.

²⁴⁴ Seu texto foi elaborado por Alcântara Machado e, na revisão final, contou com a participação de juristas eminentes, como Vieira Braga, Nercélio de Queirós, Roberto Lyra, Costa e Silva, Abgar Renault e Nelson Hungria. BOSCHI, José Antonio Paganella. Op. cit., p. 146.

²⁴⁵ BOSCHI, José Antonio Paganella. Op. cit., p. 146.

²⁴⁶ BOSCHI, José Antonio Paganella. Op. cit., p. 146.

alterações, como as de 1977 e 1984, pelas Leis n. 6.416 e 7.209, respectivamente. Esta última, de 13/07/84, com eficácia, a partir de 12/01/85, trata do Código Penal.

O Código de 1984 alterou, substancialmente, certos aspectos contidos no ordenamento anterior. Dentre as modificações, podemos citar, como relevantes, a figura do arrependimento posterior, a criação de um artigo próprio para a reabilitação e o desaparecimento das penas acessórias.

Os principais colaboradores do projeto do Código Penal de 1984 foram Ariel Dotti, Francisco de Assis Toledo, Hélio Fonseca, Miguel Reale Júnior, Ricardo Antunes Andreucci e Rogério Lauria Tucci.²⁴⁷

Entretanto, a matéria penal não está, até hoje, totalmente contida na codificação; pelo contrário, inúmeras são as leis especiais que tratam de assuntos de natureza penal.

4.2 Método utilizado no Brasil

Anteriormente à reforma do Código Penal²⁴⁸ Brasileiro, em 1984, com edição na Lei 7.209/84, o sistema de aplicação da pena era o denominado bifásico²⁴⁹, porque o magistrado, ao aplicar a pena, analisava, numa primeira etapa, simultaneamente, as circunstâncias judiciais, atenuantes e agravantes, fixando a partir daí a pena base; e em uma segunda etapa, pesava as causas de aumento e de diminuição da pena, fixando a

²⁴⁷ BOSCHI, José Antonio Paganella. Op. cit., p. 146.

²⁴⁸O Código Penal de 1940, em sua redação original, previa: “Artigo 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: I - determinar a pena aplicável, dentre as cominadas alternativamente; II - fixar, dentro dos limites legais, a quantidade da pena aplicável.”

²⁴⁹ Este foi sugerido por sugerido por Roberto Lyra “No qual para a determinação da pena-base, o Juiz deveria valorar em globo as circunstâncias judiciais e as circunstâncias legais agravantes e atenuantes. Sobre essa pena, ele faria incidir os aumentos ou as diminuições correspondentes às eventuais majorantes ou minorantes, que, como prevê o nosso Código, podem ser encontradas tanto na Parte Geral, quanto na Parte Especial.” ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. Op. cit., p. 174.

pena definitiva. Por conseguinte, havia apenas dois momentos para o julgador observar antes de chegar à pena definitiva.

Todavia, após a reforma, a fixação da pena passou a ser feita em três etapas, ou fases, também, conhecida como método de Hungria, consolidado no artigo 68, *caput*, do Código Penal Brasileiro.

O método trifásico, defendido por Nelson Hungria, sobressaiu²⁵⁰, no sistema bifásico sugerido por Roberto Lyra, por ser “o mais detalhado para as partes conhecerem exatamente o que pensa o Juiz, no instante de aplicar a pena”.²⁵¹ No cálculo realizado, em duas etapas, o *quantum* atribuído à agravante acabava consumido, ou englobado, na pena-base, confundindo-se a medida com o objeto medido.²⁵²

O novo método adotado pelo legislador foi propagado por Nelson Hungria, 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

²⁵⁰ José Duarte menciona diversas eram as razões que tornavam superior o método trifásico em face do método bifásico, quais sejam: “ a) porque ele exige um ponto de referência, ou seja, um *quantum* certo de pena, para que se proceda à agravação ou à atenuação resultante, obrigatoriamente das circunstâncias legais; b) porque ele não autoriza o juiz a contrapor as circunstâncias judiciais às circunstâncias legais, de modo que estas possam ser neutralizadas ou superadas por aquelas (podendo ensejar pena no mínimo, ainda que existisse uma agravante obrigatória); c) porque as circunstâncias judiciais existem sempre, ao passo que as legais tem caráter excepcional, representando um *plus* ou um *minus* em relação aos casos comuns, e, assim devendo importar um *quantum* de pena a ser somado ou subtraído à pena que deverá ser aplicada aos casos comuns; d) porque antes de serem medida do *quantum* de agravação ou de atenuação, as circunstâncias judiciais são um critério geral de mensuração da pena em relação ao crime considerado substancialmente ou nos limites de sua definição geral”. (DUARTE, José *apud* BOSCHI, José Antonio Paganella, 2006, p. 177).

²⁵¹ NUCCI, Guilherme de Souza Op. cit., p. 182.

²⁵² BOSCHI, José Antonio Paganella. Op. cit., p. 177.

e diminuição, versará esta ou aquela sobre o quantum precedentemente fixado. O primeiro cálculo (isto é, o cálculo discricionário, na conformidade do artigo 42) é feito tendo-se em vista, necessariamente, a pena in abstracto; mas cada aumento ou diminuição subsequente se fará sobre o quantum anteriormente concretizado.²⁵³

Cabe lembrar que a tese de Nelson Hungria ficou consignada na Exposição de Motivos da Lei nº 7.209/84.²⁵⁴

Desta forma, acabou surgindo uma importante mudança na lei penal, a qual refletiu no artigo 68 do Código Penal, passando ter a seguinte redação:

Art. 68 - A pena base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste código; seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento.
Parágrafo único - No concurso de causas de aumento ou de diminuição previstas na parte especial, pode o juiz limitar-se a um só aumento ou a uma só diminuição, prevalecendo, todavia, a causa que mais aumente ou diminua.

Esta alteração dividiu as fases de aplicação da pena não mais em duas, mas sim, em três, sendo a primeira a de fixação da pena fundamental, ou base, levando-se em conta o artigo 59²⁵⁵, do Código Penal Brasileiro. Neste artigo, o magistrado deve considerar os oito fatores relacionados: culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade, motivos, conseqüências e circunstâncias do crime e o comportamento da vítima. Na segunda fase, são apreciadas as circunstâncias legais, previstas no artigo

²⁵³ HUNGRIA, Nelson. Op. cit., p. 476-477.

²⁵⁴ “51. 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.”

²⁵⁵ “(...) art. 59 O Juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:(...)”

61, 62, 65 e 66 do Código Penal Brasileiro, que são aplicadas sobre a pena previamente, estabelecida. Por fim, são consideradas as causas especiais de aumento, ou diminuição da pena, aplicadas sobre o resultado a que se chegou na segunda fase, estas ora vem elencadas na parte especial, ora na parte geral.

A doutrinadora Juliana de Andrade Colle, define os momentos da aplicação da pena:

A aplicação da pena pelo Juiz ocorre, conforme determina o art. 68, do Código Penal (a partir de sua reforma, em 1984), em três etapas.

Na primeira delas, avaliam-se as circunstâncias chamadas "judiciais", constantes do *caput*, do artigo 59, do Código Penal: culpabilidade, antecedentes, conduta social e personalidade do sentenciado; motivos, circunstâncias e conseqüências da infração penal; e, ainda, comportamento da vítima. Fixa-se, assim, com alicerce nessa apreciação, a pena-base, que servirá de ponto de partida para a próxima fase.

Por ocasião da segunda etapa, o Juiz aumenta ou diminui a pena-base, conforme exista, *in casu*, alguma(s) circunstância(s) agravante(s), prevista(s) nos artigos 61 e 62 do Código Penal, ou atenuante(s), pronunciada(s) nos artigos 65 e 66 do mesmo *codex*, chegando, dessa forma, a uma pena provisória.

Finalmente, na terceira fase dosimétrica, partindo o Magistrado dessa pena provisória, aumenta-a ou a diminui, de acordo com a constatação da ocorrência de causa(s) especial(is) de aumento ou de diminuição da pena, previstas em diversos dispositivos da Parte Geral do Código Penal, e, ainda, nos próprios tipos penais. Determina, assim, a pena definitiva a ser cumprida pelo condenado.

Levando-se em conta que, no caso concreto, pode não haver circunstâncias agravantes ou atenuantes, nem causas especiais de aumento ou de diminuição; mas, que, em todas as sentenças penais condenatórias, sem exceções, haverá que se analisar cada uma das oito circunstâncias judiciais (sob pena de nulidade da decisão), urge estabelecer quais os melhores critérios para examiná-las e, por conseguinte, obter-se a pena-base da forma mais justa possível.²⁵⁶

Sobre o tema, com muita propriedade, o Ministro do STJ, Ruy Rosado de Aguiar Júnior, ensina que:

²⁵⁶ Op. cit.

O cálculo da pena, obedece ao método preconizado no art. 68: 1º) pena-base, com as circunstâncias judiciais do art. 59; 2º) pena provisória, com as circunstâncias agravantes e atenuantes da parte geral; 3º) pena definitiva, com as causas de aumento ou de diminuição. (...) O método adotado é, sem dúvida, o trifásico, não podendo integrar o cálculo da primeira fase o fator que deveria ser considerado na segunda, ou na terceira: (...) Circunstância a ser considerada na segunda etapa (atenuante) não pode integrar o cálculo da pena-base. (...) A desobediência ao critério trifásico pode gerar nulidade. (...) A inobservância do critério trifásico (art.68), com a pena sendo fixada, em ordem equivocada, acima do mínimo, gera nulidade absoluta (...)²⁵⁷

Determinado qual o método vigente no direito penal brasileiro, faz-se necessário direcionar o estudo da primeira fase.

²⁵⁷ Op. cit.

6 APLICAÇÃO DA PENA-BASE

6.1 CONCEITO DE PENA-BASE

O jurista Gilberto Ferreira²⁵⁸ esclarece que a palavra base deriva do grego *básis* e, literalmente significa a planta do pé. Também implica a idéia de parte, que servirá de apoio à alguma outra coisa, como a planta do pé, que serve de apoio ao corpo.²⁵⁹ Por fim, conclui que é nesse sentido que o Código Penal a usou no artigo 59, a pena, encontrada a partir da apreciação das circunstâncias judiciais, entre o mínimo e o máximo, fixada, em abstrato, pela lei, servirá de base para que sobre ela sejam aplicadas as reduções ou aumentos, porventura existentes contra ou a favor do réu.²⁶⁰

Com relação, ainda, ao conceito de pena-base, ensina José Antonio Paganella Boschi²⁶¹, que não existe no Código Penal um conceito de pena-base, até porque não é tarefa da lei conceituar. Todavia, cabe lembrar que o Código Penal de 1969, em seu artigo 63, previa o conceito, senão vejamos:

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 da pena.²⁶²

Continuando, o autor esclarece que pena-base é aquela que o juiz deveria aplicar, de forma concreta e definitiva, na hipótese de inexistirem causas legais de modificação, definidas como agravantes, atenuantes, majorantes e minorantes, de

²⁵⁸ Op. cit., p. 64.

²⁵⁹ *Idem.*

²⁶⁰ *Idem.*

²⁶¹ Op. cit., p. 185.

²⁶² *Idem.*

incidência obrigatória, na segunda e na terceira fase do método trifásico (art.68 do CP).²⁶³

Assevera, ainda, que pena-base é aquela que atua como ponto de partida, como parâmetro, corresponde, então, à pena inicial fixada em concreto, dentro dos limites estabelecidos *a priori* na lei penal, para que, sobre ela, incidam, *por cascata*, as diminuições e os aumentos decorrentes de agravantes, majorantes ou minorantes.²⁶⁴

José Duarte ensina que “pena-base possui esta denominação porque atua como base para alguma coisa e sem isso não haveria como o juiz proceder a um aumento ou a uma diminuição, sem um termo fixo, um ponto de partida.” (DUARTE, José *apud* BOSCHI, José Antonio Paganella, 2006, p. 186).²⁶⁵

Corroborando com essa idéia, Juarez Cirino dos Santos²⁶⁶ menciona que a definição da pena-base começa com a fixação de um ponto de partida, por meio de um processo intelectual de determinação da pena criminal. Contudo, a questão da fixação desse ponto de partida, para a definição da pena-base, é controvertida na literatura e na jurisprudência brasileiras.

Quanto à divergência doutrinária, em relação aos critérios para a fixação da pena-base, será analisada em capítulo apartado.

²⁶³ *Idem.*

²⁶⁴ *Idem.*

²⁶⁵ Op. cit., p. 186.

²⁶⁶ Op. cit., p. 107-108.

6.2 CIRCUNSTÂNCIAS

6.2.1 Conceito

A definição da palavra circunstância, para José Antonio Paganella Boschi, é:

derivada de *circum* (círculo) e de *stare* (estar) e designa aquilo que pode estar em círculo, em torno, ao redor do fato natural e típico em si, dos meios e modos de execução, dos motivos, dos atributos de personalidade do agente e da eventual participação da vítima do crime.²⁶⁷

De igual forma, entende o doutrinador Gilberto Ferreira²⁶⁸, quando menciona que a palavra circunstância significa ação de estar em volta de algo. A palavra, portanto dá idéia de algo que se encontra fora do objeto e não dentro dele.

Para se compreender melhor o método trifásico, é essencial assinalar as diferenças entre elementares e circunstâncias, que envolvem o delito. As elementares são fatores que integram um tipo penal básico, ou autônomo, distinguindo uns dos outros, descrevem a conduta, que o legislador proíbe. Enquanto todos os demais componentes, mesmo não sendo essenciais, interessam à aplicação da pena, são as circunstâncias do crime²⁶⁹.

Luiz Regis Prado e Cezar Roberto Bitencourt, ao fazerem referência as elementares e as circunstâncias, assim prelecionam:

²⁶⁷ Op. cit., p. 187.

²⁶⁸ A palavra circunstância deriva do latim *circunstancia*, que significa ação de estar em volta de, em torno de, ao pé de, ao lado de, nas imediações de, à roda de. A palavra, portanto dá idéia de algo que se encontra fora do objeto e não dentro dele. Op. cit., p. 66.

²⁶⁹ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Op. cit.

Os fatores que integram a descrição da conduta típica são as chamadas elementares do tipo, ou elementos essenciais constitutivos do delito. Elementares do crime são dados, fatos, elementos ou condições que integram determinadas figuras típicas. Certas peculiaridades que normalmente constituiriam circunstâncias ou condições podem transformar-se em elementos do tipo penal e, nesses casos, deixam de circundar simplesmente o injusto típico para integrá-lo.

Circunstâncias, por sua vez, são dados, fatos, elementos ou peculiaridades que apenas circundam o fato principal. Não integram a figura típica, podendo, contudo, contribuir para aumentar ou diminuir a sua gravidade. O tipo penal, além dos seus elementos essenciais, pode ser integrado por outras circunstâncias acidentais que, embora não alterem a sua constituição ou existência, influem na dosagem final da pena.²⁷⁰

Para se observar melhor essa diferença entre circunstâncias e elementares do tipo penal, tem-se como exemplo, o art. 121, que, define: “matar alguém”, tem como elementar do homicídio, “matar alguém”; Logo, o vocábulo “matar” ou “alguém” isoladamente, não constitui o delito. Para que exista o crime de homicídio, é forçoso que a conduta “matar alguém” se concretize. Assim, as demais circunstâncias, sejam elas: por motivo torpe; o agente é menor; a vítima é ascendente; e assim por diante, não são elementares, pois não unificam a conduta proibida e, também, sua falta não desmaterializa o delito, são apenas acessórias, porém relevantes para o correto apuro da pena. São exatamente chamadas circunstâncias, porque se encontram ao redor, ao lado, em torno, nas imediações das elementares.²⁷¹

Portanto, a diferença entre elementar e circunstância é notória. A elementar integra ao crime, de modo que, se retirada, o crime deixa de existir. Já, a circunstância está ao redor das elementares e, se retirada, o crime continua existindo.²⁷² As circunstâncias possuem papel essencial na fixação da pena, pois servem para agravar

²⁷⁰ PRADO, Luiz Regis. BITENCOUT, Cezar Roberto. *Código Penal anotado e legislação complementar*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1997, p. 1.403.

²⁷¹ FERREIRA, Gilberto. Op. cit., p. 67.

²⁷² FERREIRA, Gilberto. Op. cit., p. 67-68.

ou atenuar a conduta criminosa, ou seja, pode tornar o agente mais ou menos culpável conforme for sua conduta mais ou menos reprovável.²⁷³

6.2.2 Espécies de circunstâncias

Para Damásio de Jesus²⁷⁴, são várias as circunstâncias e dizem respeito ao fato, ao agente e à vítima. As relativas ao fato e à vítima são chamadas objetivas, ou reais, e as que dizem respeito ao agente são denominadas subjetivas.

O magistrado Gilberto Ferreira, ao abordar o assunto leciona que:

(...) O legislador dividiu as circunstâncias em quatro grandes grupos, separando-os conforme sua importância em relação à influência que possam ter na aferição do grau de reprovação da conduta. É que uma mesma circunstância pode ser valorada de diversas formas.

As circunstâncias que não mereçam grande valoração em termos quantitativos de pena (embora sejam importantes para a equação de tantas outras situações - n.º 5.31 infra) ele as agrupou no art. 59. São as chamadas circunstâncias judiciais.

Aquelas que possam merecer valoração um pouco superior às circunstâncias judiciais, as colocou nos arts. 61, 62 e 65. São as circunstâncias agravantes e atenuantes.

Já aquelas merecedoras de valoração superior às circunstâncias legais, às colocou em diversos dispositivos da parte geral e da parte especial. E foram chamadas de causas de aumento ou de diminuição de penas. São de fácil identificação, porque o aumento ou diminuição desejada pelo legislador vem previstos em quantidades fixas (um terço, um sexto, a metade, o dobro) ou em montantes variáveis (um a dois terços, um sexto até a metade, um sexto a um terço).

Por fim, aquelas que deveriam receber valoração máxima, as alçou à categoria de elementares, de modo que passaram não mais a orbitar em redor dos elementos que integram o crime, mas a formar o próprio crime. São as qualificadoras, e sua identificação também é simples, porque o legislador estabeleceu uma sanção variável entre os limites máximo e mínimo previamente fixados.²⁷⁵

²⁷³ *Idem.*

²⁷⁴ Op. cit., p. 615.

²⁷⁵ Op. cit., p. 68.

Gilberto Ferreira²⁷⁶, ao dividiu as circunstâncias em quatro grandes grupos, separando-os de acordo com a sua importância, em relação à influência, que possam ter na aferição do grau de reprovação da conduta, visto que, uma mesma circunstância, pode ser valorada de diversas formas.²⁷⁷

Nesse caso, considera-se que as circunstâncias judiciais não merecem uma maior valoração em termos quantitativos de pena. As circunstâncias atenuantes e agravantes sim fazem jus a valoração um pouco superior às circunstâncias judiciais porque tratam das circunstâncias que permearam tanto o agente como o fato no momento da consumação.

Quanto às causas especiais de diminuição ou de aumento de penas estas merecem valoração superior às circunstâncias legais, aquelas possuem seu aumento ou diminuição prevista em quantidades fixadas pelo legislador.

Por derradeiro, aquelas que deveriam receber valoração máxima, passaram à categoria de elementares do tipo, fazendo parte do próprio crime, sendo conhecidas como qualificadoras, cujo montante quantitativo já vem estabelecido pelo legislador em uma base mínima e máxima.

²⁷⁶ FERREIRA, Gilberto. **Aplicação da Pena**. 1ª. ed. 5ª tiragem. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 68.

²⁷⁷ “Resumindo, as circunstâncias são: a) judiciais, previstas no art. 59; b) legais, previstas nos arts. 61, 62 e 65; c) especiais, chamadas de causa de aumento e de diminuição de pena, previstas na parte geral e especial do Código; d) qualificadoras, previstas na parte especial e catalogadas na categoria de crimes autônomos.” Op. cit., p. 69.

6.3 CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS

6.3.1 Conceito

As oito circunstâncias arroladas no *caput* do artigo 59 do Código Penal são chamadas de judiciais, porque dependem da valoração positiva, ou negativa, adequada ao seu conteúdo e realizada pelo sancionador diante do caso concreto.²⁷⁸

As circunstâncias judiciais²⁷⁹ são assim denominadas, por serem reconhecidas apenas pelo arbítrio do juiz, ao contrário das circunstâncias legais que são obrigatórias. Gilberto Ferreira²⁸⁰ afirma não serem estas tão facultativas assim, se houver a presença de alguma delas o juiz, tem a obrigação de reconhecê-las, se presentes, visto o princípio constitucional da individualização. As circunstâncias judiciais têm uma função importante na aplicação da pena, pois servem de critérios para a fixação da pena-base, do ponto de partida da dosimetria da pena e para o estabelecimento do regime inicial de cumprimento de pena.²⁸¹

Está é a primeira etapa enfrentada pelo magistrado ao proceder a dosimetria da pena. O julgador tem que emanar a análise de todas as circunstâncias, uma a uma, fundamentando-as, unitariamente. Não basta apenas uma referência genérica, pois é imperioso atender a duas regras previstas na Constituição Federal: individualização da

²⁷⁸ BOSCHI, José Antonio Paganella. Op. cit., p. 187.

²⁷⁹ “Estas circunstâncias são chamadas circunstâncias judiciais, pois são frutos de uma análise quase sempre bastante subjetiva por parte do magistrado da causa. Tal subjetividade, porém, não se confunde com arbítrio e alguns elementos devem ser muito bem esclarecidos.” VIANNA, Túlio Lima. Op. cit.

²⁸⁰ Neste tópico Gilberto FERREIRA esclarece que: “As circunstâncias judiciais são assim chamadas porque o seu reconhecimento depende do arbítrio do juiz, diferentemente das circunstâncias legais, que não obrigatórias. Na verdade, o reconhecimento das circunstâncias judiciais não é assim tão facultativo como se tem apregoadado na doutrina. Se elas existem, o juiz tem de reconhecê-las em obediências ao princípio constitucional da individualização.” Op. cit., p. 70.

²⁸¹ *Idem*.

pena (artigo 5.º, inciso XLVI) e fundamentação de todas as decisões (artigo 93, inciso IX da Constituição Federal).

6.3.2 Espécies de circunstâncias judiciais

As circunstâncias judiciais são aquelas contidas no artigo 59 do Código Penal, relacionadas ao agente, ao fato e a vítima. Quanto ao agente, tem-se a culpabilidade, os antecedentes, a conduta e a personalidade, aos fatos, os motivos, as conseqüências e as circunstâncias. E, quanto à vítima, o seu comportamento.²⁸²

6.3.2.1 A culpabilidade²⁸³

Primeiramente, cumpre salientar que o conceito de culpabilidade ainda está em formação, e para tentar explicar o que é culpabilidade surgiram, ao longo dos anos, teorias²⁸⁴, sendo três as principais, quais sejam: a teoria psicológica, a teoria normativa e a teoria normativa pura.²⁸⁵

²⁸² FERREIRA, Gilberto. Op. cit., p. 71.

²⁸³ Inácio de Carvalho Neto ensina que “a culpabilidade não se confunde com a periculosidade. Esta é requisito para a aplicação da medida de segurança, enquanto que a imposição de pena depende da culpabilidade”.

²⁸⁴ O atual conceito normativo de culpabilidade veio se desenvolvendo ao longo dos anos, em meio a controvérsias, e se iniciou com o conceito psicológico de culpabilidade do século XIX, que evoluiu para um conceito psicológico-normativo no início do século XX, transformando-se no atual conceito normativo durante o século XX. Todavia, cumpre ressaltar que na transição para o século XXI tal conceito encontra-se em uma grande crise, devido a algumas propostas conceituais novas, como a teoria da responsabilidade normativa, proposta por Claus Roxin, que visa à integração do conceito da culpabilidade com o conceito de necessidade preventiva da pena, pois somente quem é culpado pode ser ex-culpado.²⁸⁴ SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. cit., p. 274.

²⁸⁵ FERREIRA, Gilberto. Op. cit., p. 72.

Quanto à teoria psicológica²⁸⁶, tem-se que o conceito psicológico de culpabilidade constitui-se sobre dois fundamentos: a capacidade de culpabilidade, ou seja, a capacidade de compreensão do valor do fato e o de querer agir conforme a compreensão do valor do fato; e a relação psicológica do agente com o fato, compreendendo os elementos volitivo e cognitivo de realizar o fato típico.²⁸⁷

Gilberto Ferreira, explica, também, nesse mesmo sentido, que a culpabilidade é:

o elo de ligação, de todo psicológico, que une o agente ao fato praticado. Para aplicar a pena, segundo essa teoria, bastaria apenas a existência do dolo ou da culpa, mais a natural capacidade de culpabilidade, ou seja, a imputabilidade, a capacidade de querer e entender e determinar-se de acordo com o entendimento. O dolo e a culpa eram, portanto, espécies do gênero culpabilidade.²⁸⁸

A teoria psicológica atendeu por algum tempo os interesses dos estudiosos do direito, pois, por intermédio desta teoria, poderia se condenar sem correr o risco de punir uma pessoa que não tivesse, por sua vontade ou negligência, dado causa a um evento criminoso.²⁸⁹

Todavia os defeitos²⁹⁰ que se observam no conceito psicológico de culpabilidade fundamentaram o seu desuso, pois o conceito é incapaz de abranger a imprudência consciente, tendo em vista que a estrutura meramente psicológica do conceito não é, por si só, suficiente para compreender e valorar situações de anormal

²⁸⁶ Teoria Psicológico-normativa: tem como seu principal representante Edmund Mezger (que colaborou com a elaboração do Código Penal da época do regime nazista)

²⁸⁷ SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. cit., p. 274.

²⁸⁸ Op. cit., p. 73.

²⁸⁹ *Idem.*

²⁹⁰ Observe-se o caso do louco que age dolosamente, pratica uma conduta e entre o seu atuar e o resultado há vínculo psíquico ligando este a aquele. Se for utilizada a teoria psicológica o louco teria que ser punido.

motivação da vontade, definidas, atualmente, como hipóteses de inexigibilidade de comportamento diverso.²⁹¹

A culpabilidade, que, antes se resumia só no dolo (natural) e na culpa, ganhou novos elementos²⁹². O dolo e a culpa deixaram de ser a culpabilidade em si, para se transformarem em um elemento, parte integrante dela. Desta forma, restou claro que a culpabilidade não era só um elo psicológico, que ligaria o autor ao fato praticado. Era também normativa, em virtude do juízo de valoração, que se fazia sobre a conduta e seu autor. Formou-se então a teoria normativa.²⁹³

Consoante a proposição acima, Juarez Cirino dos Santos²⁹⁴ menciona que, no que se refere à teoria normativa de culpabilidade, a introdução do componente normativo no conceito psicológico constituiu o conceito psicológico-normativo, dominante na primeira metade do século XX, em: capacidade de culpabilidade; relação psicológica concreta do autor com o fato, sob as formas de dolo ou imprudência; e exigibilidade de conduta diversa, fundada na normalidade das circunstâncias do fato.

Para Gilberto Ferreira²⁹⁵, a teoria da culpabilidade poderia ter seu conceito resolvido com a teoria normativa; todavia, observou-se que não resolvia o problema dos criminosos habituais que seriam absolvidos, haja vista que não tem consciência da ilicitude, e essa teoria exige para a formação da culpa o dolo com elemento normativo, representado pela consciência atual da ilicitude. Sendo assim, os criminosos habituais seriam absolvidos.

²⁹¹ SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. cit., p. 276.

²⁹² São elementos da culpabilidade segundo a teoria normativa: a imputabilidade, o elemento psicológico-normativo, representando pelo dolo e pela culpa, a exigibilidade, nas circunstâncias, de um comportamento conforme o direito. FERREIRA, Gilberto. Op. cit., p. 75.

²⁹³ FERREIRA, Gilberto. Op. cit., p. 74.

²⁹⁴ Op. cit., p. 276.

²⁹⁵ Op. cit., p. 75.

Para resolver este problema Hans Welzel entendia que, com a deslocação do dolo e da imprudência da culpabilidade para o tipo subjetivo de injusto, os componentes psicológicos foram excluídos da culpabilidade, reduzida a mero juízo de valor²⁹⁶.

Dessa forma, a partir daí se iniciou a aplicação da teoria normativo-pura²⁹⁷ da culpabilidade, estruturada da seguinte forma pela: capacidade de culpabilidade; conhecimento real ou possível do injusto; e, também, pela exigibilidade de comportamento de acordo com a norma. Essa estrutura passou a definir a culpabilidade como reprovação de um sujeito imputável, ou seja, sujeito que tem o poder de saber o que fez, que o realiza com consciência da antijuridicidade, tendo realmente conhecimento da conduta antijurídica, e, em condições de normalidade de circunstâncias, tendo a possibilidade de poder não fazer o que faz, um tipo de injusto.²⁹⁸

Gilberto Ferreira²⁹⁹ explica que a culpabilidade passou a ser formada a partir da existência das três capacidades do sujeito: a imputabilidade: o sujeito imputável é o que tem capacidade física e mental, ou sanidade e maturidade para as duas próximas capacidades. Significa que o sujeito deve ter conhecimento da lei e ser capaz de se determinar de acordo com ela; o potencial consciência da ilicitude, que é a capacidade do sujeito concreto e imputável de conhecer o caráter ilícito do fato. Se a vontade do sujeito contrariava ou não o direito; e a exigibilidade de uma conduta conforme o

²⁹⁶ SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. cit., p. 278

²⁹⁷ Para essa teoria, a parte psicológica está no tipo, a conduta tem uma finalidade, a análise do tipo engloba dolo e culpa e na culpabilidade, deve ser analisado a autoria. A finalidade está na ação, o dolo e a culpa estão no tipo, existe um campo próprio para a análise da ilicitude e a culpabilidade possui uma nova feição.

²⁹⁸ SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. cit., p. 278.

²⁹⁹ Op. cit., p. 75.

dever (questiona-se se o sujeito encontrava-se em condições normais, e se, por esse motivo, seria exigível que se comportasse em conformidade com o direito).³⁰⁰

Finalmente, atingiu-se de certa forma o conceito de culpabilidade explicado pelas teorias que surgiram ao longo dos anos, como sendo um juízo de reprovação pessoal, que recai sobre o autor do injusto³⁰¹, que praticou um fato ilícito que poderia não praticar ou evitar se quisesse.³⁰²

Contudo, o grande problema da culpabilidade não está na sua conceituação, mas sim, no seu fundamento. São diversas as teorias que tentam explicar os fundamentos da culpabilidade³⁰³. A primeira delas, é a “pela condução da vida”³⁰⁴, a segunda “pela decisão da vida”³⁰⁵, a terceira “pela omissão do cumprimento do dever de orientar a formação e preparação da personalidade”³⁰⁶ e a quarta “pela responsabilidade como categoria jurídico-penal na formação da culpa”³⁰⁷.

Deste modo sendo, o doutrinador Gilberto Ferreira ensina como os estudiosos procuraram encontrar a solução, para saber qual é o verdadeiro fundamento da culpabilidade:

De acordo com a primeira – culpabilidade pela condução da vida – o comportamento seria reprovável porque o agente, pela sua condução de vida, adquiriu hábitos que o tornam perigoso e o levaram a delinquir. Com o passar do tempo permitiu-se formar um caráter de todo contrário às regras de direito de modo a lhe impedir, no momento da prática do ato, de separar a

³⁰⁰ Assim também esclarece Cezar Roberto Bitencourt, dizendo que “culpabilidade é o fundamento da pena, exigindo para isso, a presença de alguns requisitos – imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade da conduta conforme o direito – que constituem os elementos positivos específicos da definição dogmática de culpabilidade. A inexistência de qualquer desses itens impede a responsabilização”. BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral. 8ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 14.

³⁰¹ Injusto: conduta humana típica e antijurídica.

³⁰² FERREIRA, Gilberto. Op. cit., p. 76.

³⁰³ FERREIRA, Gilberto. Op. cit., p. 77.

³⁰⁴ Representante Mezger.

³⁰⁵ Representante Bockelmann.

³⁰⁶ Representante Eduardo Correia.

³⁰⁷ Representante Claus Roxin.

conduta lícita da ilícita. A sua responsabilidade pelo evento se dá justamente por ter permitido que isso ocorresse;

Para a segunda – culpabilidade pela decisão de vida – a reprovação se dá em virtude de ter o agente escolhido viver conforme o seu ‘eu’ mau. O homem modela a sua personalidade de acordo com o seu querer. Escolhendo o lado mau, quando poderia optar pelo lado bom, faz uma decisão de vida. E por essa decisão errada, que o levou a delinquir mais tarde, é que será censurado e punido.

Já a terceira corrente – culpabilidade pela omissão do cumprimento do dever de orientar a formação e preparação da personalidade – o Direito Penal cria valores para a proteção de bens jurídicos que devem ser observados. Isso obriga a que os destinatários dessas normas formem ou preparem sua personalidade de maneira que a atuação de vida não as contrarie. A omissão a esse dever torna a conduta reprovável. Ou, como disse o próprio Eduardo Correia. “Violando este dever constituiu-se o delinqüente em culpa pela não formação ou não preparação conveniente da sua personalidade”.

Finalmente, na última teoria, Claus Roxin resumiu que a “realização, com culpa, de um fato ilícito típico não conduz automaticamente à punição: esta só surge quando é, além disso, exigida do ponto de vista preventivo”.³⁰⁸

Continuando, o jurista Gilberto Ferreira traz à baila que o conceito de culpabilidade não muda, continua sendo o mesmo diante de tais correntes. Senão vejamos:

O conceito de culpabilidade, que continua a ser a de reprovação que recai sobre o agente imputável por ter praticado conscientemente um fato ilícito que poderia não praticar ou evitar, se quisesse, desde que tivesse atendido aos apelos da norma.³⁰⁹

O professor Juarez Cirino dos Santos, também, conceitua a culpabilidade, da seguinte forma:

Culpabilidade é um juízo de reprovação sobre o sujeito, quem é reprovado, que tem por objeto a realização do tipo de injusto, o que é reprovado, e por fundamento a capacidade geral de saber o que faz; o conhecimento concreto que permite ao sujeito saber realmente o que faz; e a normalidade das circunstâncias do fato que confere ao sujeito o poder de não fazer o que faz, porque é reprovado.³¹⁰

³⁰⁸ Op. cit., p. 77-81.

³⁰⁹ *Idem.*

³¹⁰ Op. cit., p. 24.

Guilherme de Souza Nucci³¹¹, igualmente conceituou a culpabilidade como sendo a reprovação social que o crime e o autor do fato merecem, sendo que, a culpabilidade veio substituir, acertadamente, as antigas expressões “intensidade do dolo” e “graus de culpa”, compondo, assim, o fato típico doloso ou culposo. É necessário analisar vários fatores, conjuntamente, para que possa se verificar a reprovabilidade gerada pelo fato delituoso. Não se pode majorar ou minorar o dolo com que o agente pratica a conduta, mas, sim, a sua culpabilidade, que é entendida, no sentido moderno da teoria geral do delito, como reprovabilidade, censurabilidade ao agente e não ao fato.

Nesse diapasão, com muita propriedade, o Ministro e doutrinador Ruy Rosado de Aguiar Júnior³¹² ensina que:

a culpabilidade refere-se ao maior ou menor grau de censurabilidade do comportamento do agente infrator, bem como à reprovabilidade do seu comportamento, observada a realidade concreta em que ocorreu, principalmente a maior ou menor exigibilidade de ter agido de outra maneira. A culpabilidade se traduz no limite máximo da pena, não podendo, em nenhum momento, ser transposto. Isso, de certa maneira, impede que, por razões puramente preventivas, a liberdade pessoal seja limitada mais do que corresponda a sua culpabilidade.³¹³

No dizer de Mirabete, a culpabilidade “é o fundamento e a medida da responsabilidade penal”³¹⁴.

Corroborando esse pensamento, Gilberto Ferreira afirma que:

³¹¹ Op. cit., p.

³¹² A culpabilidade é o primeiro elemento referencial para que o juiz escolha a pena, entre as cominadas alternativamente; estabeleça a sua quantidade; defina o regime inicial de cumprimento (quando se tratar de pena privativa de liberdade); e, finalmente, estabeleça a substituição da pena de prisão por outra espécie de sanção, quando cabível (art. 59 do CP). TACRIM-SP — AC — Relator David Haddad — JUTACRIM 85-457.

³¹³ Op. cit.

³¹⁴ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. 19ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 277.

a culpabilidade é a medida da pena. Quanto maior a culpabilidade, maior a pena. (...) O juízo de reprovabilidade é o fundamento da culpabilidade. É, então, a culpabilidade a medida da pena. (...) É instrumento de garantia individual porque limita o poder do Estado.³¹⁵

Conceituada a circunstância judicial da culpabilidade, cumpre salientar que a culpabilidade, a que se faz referência no artigo 59 do Código Penal, não é aquela constitutiva do tipo. Não se trata, pois de uma inexigibilidade de conduta diversa, mas, sim, do grau de reprovabilidade social da conduta criminosa.³¹⁶

Jorge Vicente Silva³¹⁷ entende que a inclusão da culpabilidade como circunstância para maior ou menor reprovação do crime, no momento da fixação da pena, cria situações confusas, visto que a expressão culpabilidade assume, no Direito Penal, conceitos distintos; um relacionado à teoria do delito (porque a culpabilidade faz parte do dolo) e outro à teoria da pena (porque as circunstâncias relacionadas no artigo 59 do Código Penal, muitas vezes estão embutidas na própria culpabilidade, configurada pela conduta do agente para cometimento do crime).³¹⁸

O julgador, com relação a esta circunstância judicial, necessita estimar o índice de reprovabilidade da conduta do condenado, não apenas quanto às condições pessoais (escolaridade, condição social, comportamento familiar, cultura, etc.), mas também à

³¹⁵ Op. cit., p. 81.

³¹⁶ VIANNA, Túlio Lima. Op. cit.

³¹⁷ Op. cit., p. 249.

³¹⁸ A culpabilidade como relacionada à Teoria do Delito diz respeito ao elemento constitutivo do crime. Visto que completa o delito a partir de uma conduta humana individualizada mediante um dispositivo legal (tipo) que revela sua proibição (típica), que por não estar permitida por nenhum preceito jurídico (causa de justificação) é contrária à ordem jurídica (antijurídica) e que, por ser exigível do autor que agisse de maneira diversa diante das circunstâncias, é reprovável (culpável). O injusto (conduta típica e antijurídica) revela a repulsa que o direito faz recair sobre a conduta em si, enquanto a culpabilidade é uma característica que a conduta adquire por uma especial condição do agente (pela reprovabilidade), que do injusto se faz ao autor. Com relação à culpabilidade relacionada à teoria da pena esta procede como fator de mensuração e limite da pena, substituindo as antigas expressões *intensidade do dolo* e *graus de culpa* anteriores à Reforma Penal de 1984. Tem por escopo evitar que a penalidade imposta seja aquém ou além da medida prevista pela própria idéia de culpabilidade, aliada, é claro, a outros critérios.

conduta que era esperada do agente, o comportamento que lhe era exigível, tendo em vista as circunstâncias em que o fato ocorreu.³¹⁹

Compartilha do mesmo pensamento Ruy Rosado de Aguiar Júnior no sentido de que:

A primeira circunstância judicial, e de todas a mais importante, é a culpabilidade, pois “a pena não pode superar a medida da culpabilidade”. Para o fim da definição da pena, ao juiz cumpre avaliar o grau de censurabilidade do réu por adotar um comportamento ilícito, tendo condições de se conduzir de acordo com o direito. Não cabe levar em conta a gravidade da infração, pois esta já foi considerada para a escolha da natureza e dos limites da pena, mas sim o conjunto de circunstâncias que tornam mais ou menos reprovável a conduta do agente. Considera-se, nessa fase, que o crime representa uma quebra na expectativa de que o agente atenderia ao princípio ético vigorante na comunidade assim como expresso na lei; seu ato será tanto mais censurável quanto maior a frustração. A avaliação do juiz ponderará o conjunto dos elementos subjetivos que atuaram para a deflagração do delito, os motivos, os fins, as condições pessoais, analisados de acordo com o sentimento ético da comunidade em relação a tais comportamentos.³²⁰

Além disso, acrescenta Gilberto Ferreira que:

para fixar a pena necessária e suficiente, o juiz deve sopesar não somente a culpabilidade, mas um algo mais que extrairá das demais circunstâncias. Ou seja, o juiz avalia a culpabilidade e fixa a quantidade de pena que for proporcional a ela. Depois, se essa pena não for suficiente para reprová-la e preveni-la poderá acrescentar um *plus* a fim de que aquele objetivo seja atingido.³²¹

Para o autor, o fundamento que autoriza o juiz a acrescentar esse *plus* sobre a pena é a prevenção, visto que, a questão de reprovação e prevenção, é interna à própria pena.

³¹⁹ SILVA, Jorge Vicente. Op. cit., p. 249.

³²⁰ Op. cit.

³²¹ Op. cit., p. 81.

Por este motivo, estabelecida a pena de acordo com a culpabilidade, e na mesma proporção desta, tem-se, como conseqüência lógica, o necessário e o suficiente para reprovar e prevenir.

Juarez Cirino dos Santos³²² tem o entendimento de que “a culpabilidade não é critério para aferição do juízo de reprovação e sim o próprio juízo de reprovação”.³²³ Uma vez que, o legislador teria sido mais feliz se considerasse todas as demais circunstâncias, excetuando a culpabilidade.

Gilberto Ferreira corroborando com esse pensamento afirma que:

melhor teria feito o legislador se tivesse estabelecido que para medir a culpabilidade e estabelecer o grau de reprovação da conduta o juiz devesse levar em conta os antecedentes, a conduta social, a personalidade do agente, os motivos, eventuais circunstâncias, as conseqüências do crime e o comportamento da vítima.³²⁴

O jurista Mário Helton Jorge³²⁵, concordando com Juarez Cirino dos Santos, explica que a primeira circunstância judicial a ser motivada, pela ordem prevista no artigo 59, do Código Penal, é a da culpabilidade, e neste caso deve ser tomada como fundamento para fixação da pena-base, seguida pelas demais circunstâncias. Prosseguindo, o jurista esclarece que existe uma grande controvérsia na valoração da culpabilidade³²⁶, em vista disso, se faz imprescindível traçar algumas considerações

³²² SANTOS, Juarez Cirino *apud*, FERREIRA, Gilberto ob.cit. p. 82.

³²³ “A inclusão da culpabilidade como elemento de orientação na formulação do juízo de reprovação (medido pela pena) representa uma impropriedade metodológica: constitui a conclusão do processo analítico fundado na metodologia jurídica do crime”. SANTOS, Juarez Cirino *apud*, FERREIRA, Gilberto ob.cit. p. 82.

³²⁴ Op. cit., p. 82.

³²⁵ JORGE, Mário Helton. **Aplicação da Pena: Erros de atividade e de julgamento e suas conseqüências**. Publicado em: 01/09/2006. Disponível em: <<http://www.mundolegal.com.br>>. Acesso 10 de maio de 2008.

³²⁶ A respeito disso, a culpabilidade (imputabilidade, potencial conhecimento da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa) aparece no Direito Penal como: (a) limitador da responsabilização criminal (art. 26,CP) , com vistas à imposição da pena ao sujeito; (b) limitador da pena (art. 29,CP); e um dos (c) fundamentos da pena-base (art. 59,CP). JORGE, Mário Helton. **Aplicação da Pena: Erros de atividade e de julgamento e suas conseqüências**. Publicado em: 01/09/2006. Disponível em: <<http://www.mundolegal.com.br>>. Acesso 10 de maio de 2008.

preliminares, já que existem entendimentos doutrinários de que a culpabilidade não é critério para medir o juízo de reprovação, mas, sim, é o próprio juízo de reprovação.³²⁷

Acrescenta, ainda, que a inclusão da culpabilidade como elemento de orientação, na formulação do juízo de reprovação (dosado pela pena), representa uma impropriedade metodológica, pois constitui a conclusão do processo analítico fundado na metodologia jurídica do crime.³²⁸

Por fim, o jurista conclui que, num primeiro momento, o magistrado se defronta com a verificação da existência dos elementos da culpabilidade, para concluir se houve, ou não, a configuração da prática delitiva (pressuposto da punibilidade-imposição de pena). Num segundo momento, após a condenação, por ocasião da aplicação da pena, o julgador necessita, mais uma vez, recorrer ao exame da culpabilidade, agora, para limitar a quantidade da pena (nas suas três fases) e da própria pena-base, como circunstância judicial (na fixação da sanção penal, a qualidade e a quantidade estão vinculadas ao grau de censurabilidade da conduta - culpabilidade).³²⁹

Todavia, na aplicação da pena, a análise da culpabilidade exige maior empenho do julgador, uma vez que não se trata mais de um exame de constatação (já evidenciado pela condenação e imposição de pena), mas, sim, de um exame de valoração, de graduação... Por conseguinte, deve o juiz, nessa oportunidade, dimensionar a culpabilidade pelo grau de intensidade da reprovação penal, expondo sempre os fundamentos (dados concretos) que lhe formaram o convencimento.

³²⁷ Op. cit.

³²⁸ Op. cit.

³²⁹ Op. cit.

Do mesmo modo, o magistrado deve empregar especial atenção, quando da valoração da culpabilidade (verificação do maior ou menor grau de exigibilidade de outra conduta), às características pessoais do agente, dentro do exato contexto das circunstâncias fáticas, em que o crime ocorreu (a prática do crime representa uma quebra na expectativa de que o agente atenderia ao princípio ético vigente na comunidade, tal como expresso na lei). Deste modo, o comportamento será tanto mais reprovável, quanto maior for a frustração da expectativa da autodeterminação do agente.³³⁰

6.3.2.2 Os antecedentes³³¹

Consideram-se antecedentes, todos os fatos ou episódios da vida passada do réu, próximos ou remotos, que possam interessar, de qualquer modo, à avaliação subjetiva do crime.³³²

Destarte, os antecedentes representam a vida passada do réu, levando-se em conta a sua conduta social anteriormente ao fato delituoso praticado, registrando se há inquiridos e outros processos criminais contra o réu, ainda que não tenha sido condenado anteriormente.³³³

³³⁰ Op. cit.

³³¹ O juiz Manoel Carlos, do Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, ao tratar dos antecedentes, elucidou o tema, nestes moldes: Antecedentes são todos os fatos ou episódios da vida antecessa do réu, próximos ou remotos, que possam interessar, de qualquer modo, à avaliação subjetiva do crime. Tanto os maus e os péssimos, como os bons e os ótimos. Em primeiro lugar, deve-se ter em conta os antecedentes judiciais, nunca restringindo simplesmente à existência ou inexistência de precedentes policiais e judiciais, mas levando-se em conta, também, o comportamento social do réu, sua vida familiar, sua inclinação ao trabalho e sua conduta contemporânea e subsequente à ação criminosa, para então qualificá-los em bons ou maus. (TACRIM-SP — HC — RJD 7-91 — JUTACRIM 80-108 e 87-127).

³³² GOMES, Eduardo Caetano. **Penas e Histórico**. Publicado em . Disponível em: <<http://www.coladaweb.com/direito2.htm>>. Acesso em 04/06/2008.

³³³ GOMES, Eduardo Caetano. Op. cit.

O jurista Mário Helton Jorge, ao se referir às circunstâncias judiciais, para a aplicação da pena, destaca a dos antecedentes como sendo:

Todos os fatos ou episódios da vida anterior do réu, próximos ou remotos, bons ou maus, que possam interessar de qualquer modo a avaliação subjetiva do crime, porque repercutem na punibilidade. Assim, os antecedentes são fatos que registram o comportamento anterior do réu, fazendo parte integrante de sua história de vida e já não podem ser modificados, apenas conhecidos e avaliados, sempre na perspectiva do crime que está em julgamento. Serão bons ou maus, de acordo com a sua maior ou menor concordância com os preceitos de conduta aceitos, mais ou menos importantes, quanto maior a sua relação com o crime.³³⁴

Para Ruy Rosado de Aguiar Júnior:

Os antecedentes são os fatos registrados sobre o comportamento anterior do réu, integram a sua história de vida e já não podem ser modificados, apenas conhecidos e avaliados, sempre na perspectiva do crime que está em julgamento. Serão bons ou maus, de acordo com a sua maior ou menor concordância com os preceitos de conduta aceitos, mais ou menos importantes quanto maior a sua relação com o crime.

Na concepção de Juarez Cirino dos Santos³³⁵, os antecedentes caracterizam-se como acontecimentos anteriores ao fato, ou seja, fatos relevantes que possam indicar aspectos bons ou maus da vida do agente, e capazes de interferir na aplicação da pena, exceto os casos de reincidência criminal, que é definida como circunstância agravante.

Inácio de Carvalho Neto³³⁶ define antecedentes como tudo o que se refere à vida antecessa do réu. Para ele, são considerados para efeitos de antecedentes, quaisquer fatos relevantes anteriores ao crime. Tais como: processos paralisados por

³³⁴ Op. cit.

³³⁵ Op. cit. p. 561.

³³⁶ Op. cit. p. 37.

superveniência da extinção da punibilidade, inquéritos arquivados, condenações transitadas em julgado, processos em curso, absolvições por falta de provas, etc...³³⁷

Corroborando com a assertiva acima, o jurista Gilberto Ferreira analisando os antecedentes entende que:

deve ser levado em consideração tudo aquilo que aconteceu de positivo e de negativo na vida do réu antes do fato. O bom comportamento no meio em que vive. As boas ações que realizou. Os inquéritos que respondeu e arquivados por causas impeditivas da ação penal. As ações penais em que foi absolvido por falta de prova. As sentenças condenatórias que ainda não caracterizaram reincidência. As condenações transitadas em julgado sobre as quais o réu ainda não requereu reabilitação. Os procedimentos especiais respondidos perante o juizado de menores. As infrações disciplinares e fiscais. O envolvimento em falências fraudulentas. O réu que voltou a ser primário e que ainda não foi reabilitado da condenação anterior.³³⁸

O mestre Nelson Hungria, do mesmo modo, considera que os antecedentes são:

Todos os fatos ou episódios da vida anteaeta do réu, próximos ou remotos, que possam interessar, de qualquer modo, a avaliação subjetiva do crime. Tanto os maus e os péssimos antecedentes, como os bons e os ótimos. Em primeiro lugar, devem ter-se em conta os antecedentes judiciais. As condenações penais anteriores, porém são abstraídas, desde que importem no reconhecimento da reincidência. Segundo o livre convencimento do juiz, devem ser apreciados os demais antecedentes penais: processos paralisados por superveniente extinção da punibilidade antes da sentença final irrecorrível, inquéritos arquivados por causas impeditivas da ação penal, condenação ainda não passada em julgado, sujeição a medida de segurança por fato não constitutivo do crime, processo em andamento, ate mesmo absolvições anteriores por deficiência de prova. Os antecedentes judiciais compreendem também os de natureza cível ou comercial (*in exemplis*: suspensão ou perda do pátrio poder, condenação em ação de desquite, insolvência, falência fraudulenta).³³⁹

Também é o entendimento de José Frederico Marques, que entende que os antecedentes penais constituem todas as condenações que o indivíduo recebeu, as

³³⁷ CARVALHO NETO, Inácio de. **Aplicação da Pena**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 37-38.

³³⁸ Op. cit. p. 84.

³³⁹ HUNGRIA, Nelson *apud* SILVA, Jorge Vicente, 2003, p. 250.

persecuções criminais contra ele intentadas, até mesmo as que se frustraram por ocorrência de alguma causa de extinção da punibilidade, ou as demandas criminais em andamento.³⁴⁰

Em conformidade ao pensamento de Frederico Marques, Fernando da Costa Tourinho Filho menciona o seguinte:

Observa o Juiz os antecedentes do réu, isto é, sua vida *anteacta*, seu passado, se é reincidente, ou se é primário, se já esteve envolvido em outros processos-crimes, a despeito de haver logrado absolvição ou extinção da punibilidade, se há outros processos contra ele em curso no mesmo ou em outro juízo.³⁴¹

Em contrapartida, é o entendimento de Juliana de Andrade Colle que menciona que o vocábulo antecedente, refere-se a todos os acontecimentos (bons ou maus) da vida do condenado, pretéritos ao crime praticado. Logo os fatos conseqüentes, ou seja, praticados após o delito em tese, não podem ser tidos como antecedentes. E, mais na opinião da autora esses fatos precedentes devem ser ilícitos, isto quer dizer que registros passíveis de desprestígio ou desmoralizadores, mas não contrários à ordem jurídica, não podem ser abarcados nesta etapa.³⁴² Todavia, não ficam impedidos, de serem analisados como conduta social ou personalidade do agente, abordados em tópicos específicos, logo adiante.

A propósito a posição adotada pelo jurista e doutrinador Mário Helton Jorge é consoante ao da doutrinadora Juliana de Andrade Colle, observe-se:

³⁴⁰ O referido autor acrescenta, ainda, que com relação aos antecedentes do indivíduo, as questões que tenha tido na justiça civil, em que se verifique a fraqueza de seu caráter, que traduzem, muitas vezes, na concepção do autor, manifestações de uma personalidade mal ajustada ao convívio social. MARQUES, José Frederico. **Tratado de Direito Penal**, 1ª ed., vol. III, Campinas, SP, Millennium, 1999, p.100.

³⁴¹ FILHO, Fernando da Costa Tourinho. **Processo Penal 4**, 29ª edição, São Paulo: Saraiva, 2007, p.277.

³⁴² Op. cit.

(...) somente os fatos anteriores à prática do delito, que se está punindo podem caracterizar antecedentes, pois os demais configuram fatos "subseqüentes". Os fatos antecedentes, de natureza "desabonadora", que digam respeito à vida privada do condenado, não podem ser considerados como antecedentes judiciais, podendo, quando muito, se pertinentes, ser sopesados na análise da "conduta social", ou, talvez, até da "personalidade" do apenado.³⁴³

Observou-se, dos conceitos acima, que existem várias correntes doutrinárias acerca do que são os antecedentes. É importante lembrar que, também, existem muitas controvérsias e perplexidade entre os juristas, diante de julgados avessos ao Princípio Constitucional da presunção de inocência.³⁴⁴

As correntes extremadas, adotam o posicionamento de que inquéritos instaurados, processos criminais ainda em andamento e condenações criminais sem

³⁴³ Op. cit.

³⁴⁴ Em relação a essas correntes doutrinárias o entendimento da jurisprudência é da seguinte maneira:

No STF, adotando a orientação que parece ser a melhor, julgou-se repetidas vezes que os inquéritos policiais e os processos criminais podem ser considerados para atribuir ao réu Maus Antecedentes (STF, HC 73.394/SP; HC 73.878/SP, 1ª T, 18.06.96; HC 70.871/RJ; HC 74.967/SP, 1ª T, 08.04.97; HC 72.130/RJ; HC 73.297/SP; RE 211.207/SP; HC, 75.560/RJ, Min. Carlos Veloso, DJ de 07.11.97). No STJ havia divergência sobre o assunto. Julgados consideram esses registros policiais e processuais, ainda antes do trânsito em julgado, como definidores de Maus Antecedentes: STJ, REsp 222.216/SP, 6ª T, 03.12.2001: "A existência de inquéritos e processos em curso indica Maus Antecedentes, aptos a determinar a exacerbação da pena. Precedentes desta Corte e do STF". STJ, HC 20.375/SP, 6ª T; STJ, HC 21.417/SP, 5ª T, 26.11.2002: "Embora a condenação anterior não transitada em julgado não macule a primariedade do réu, pode, sim, servir como base na apuração e valoração dos antecedentes". - STJ, HC 20.375/SP, 6ª T, 16.04.2002: "Não tem bons antecedentes quem, mesmo sendo primário, é réu em ações penais em andamento." O entendimento hoje predominante no STJ, porém, se inclina por não aceitar tais registros como indicadores de Maus Antecedentes: STJ, REsp 327.745/SE, 6ª T, 20.03.2003: "Importa em violação ao princípio constitucional da presunção de inocência a consideração de inquéritos e processos em andamento como Maus Antecedentes". - STJ, REsp 259.073/RS, 5ª T, 11.03.2003: "Viola o princípio constitucional da presunção de inocência (art. 5º, LVII, da CF) a consideração, à conta de Maus Antecedentes, de inquéritos e processos em andamento para a exacerbação da pena base e do regime prisional." No mesmo sentido: HC 10.907/SC; ED/REsp 123.995/SP; RHC 7.262/RJ; REsp 167.369/RJ; RHC 7.997/SP; REsp 278.187, 6ª T, 10.04.2001; REsp 327.745/SE, 6ª T, 20.03.2003. Por fim, não se pode reconhecer a existência de Maus Antecedentes pela prática dos crimes que integram o crime continuado em julgamento: "Conflita com a ordem jurídica em vigor considerar-se para a majoração da pena-base e sob o ângulo das circunstâncias judiciais, processos que desaguaram na conclusão sobre a continuidade delitiva" (STF, HC 76631/SP, 2ª T, rel. o Min. Marco Aurélio). AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Op. cit.

trânsito em julgado, dentre outras³⁴⁵, devem ser valoradas como antecedentes negativos ao sentenciado.³⁴⁶

Todavia, outras correntes são contra essa posição, alegando que, enquanto não houver sentença condenatória, prevalece o princípio da presunção de inocência, de modo a não colocar, em um mesmo patamar, aquele que nunca delinuiu com o que registra inúmeras passagens policiais, ainda que não tenha sido condenado.³⁴⁷

Juarez Cirino dos Santos³⁴⁸ expressa o seu entendimento acerca do tema afirmando que verificam-se duas posições, na prática judicial brasileira: a posição tradicional, que considera como maus antecedentes a existência de inquéritos instaurados, de processos criminais em curso, de absolvições, por insuficiência de provas, de extinção do processo por prescrição abstrata, retroativa ou intercorrente e de condenação criminal, sem trânsito em julgado, ou que não constitui reincidência, e a posição crítica considera como maus antecedentes somente as condenações criminais definitivas anteriores que não configurem reincidência.³⁴⁹

Também, corroborando com esse pensamento, Juliana de Andrade Colle entende que:

³⁴⁵ Absolvições por insuficiência de provas, prescrições abstratas, retroativas e intercorrentes.

³⁴⁶ CARVALHO, Salo de; CARVALHO, Amilton Bueno de. **Aplicação da Pena e Garantismo**. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 49.

³⁴⁷ GOMES, Eduardo Caetano. Op. cit.

³⁴⁸ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal – Parte Geral**. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2006, p. 561.

³⁴⁹ Cumpre analisar o julgado pacífico do Supremo Tribunal Federal:

EMENTA: HABEAS CORPUS. PENAL. ROUBO QUALIFICADO (CP, ART. 157, § 2º, II). FIXAÇÃO DE CUMPRIMENTO DE PENA. REGIME SEMI-ABERTO. INTELIGÊNCIA DAS SÚMULAS 718 E 719 DO STF. GRAVIDADE EM ABSTRATO DO DELITO. ORDEM CONCEDIDA. I - A gravidade em abstrato do delito de roubo qualificado, mesmo havendo causa de aumento de pena (concurso de pessoas) não pode ser considerada para fins de fixação do regime de cumprimento de pena. II - **Ausente o trânsito em julgado em processos-crime não podem ser considerados como antecedentes criminais**. IV - Ordem concedida. (HC 89330 / SP - SÃO PAULO, HABEAS CORPUS, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Julgamento: 29/08/2006, Órgão Julgador: Primeira Turma) (**Grifo Nosso**)

no que tange à circunstância judicial que perquire a *vita anteacta* do sentenciado, cumpre 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.³⁵⁰

Com muita propriedade, a autora Juliana de Andrade Colle³⁵¹ leciona que em respeito ao princípio constitucional da presunção de inocência, não se podem considerar como maus antecedentes: a mera instauração de inquérito policial, nem a existência de ações penais em andamento, nem mesmo quando há sentença penal condenatória, que ainda não transitou em julgado.

Esse também é o entendimento de Salo de Carvalho e Amilton Bueno de Carvalho que ensinam que é com base na Constituição Federal³⁵², e regendo-se pelo princípio da presunção de inocência, mesmo que de forma restrita, que a doutrina majoritária e a jurisprudência têm entendido que a simples instauração de processo criminal, ou de inquérito policial, é insuficiente para caracterizar a circunstância judicial ora analisada, ou ainda, em observância do princípio constitucional da inocência³⁵³, alguns estudiosos defendem que, sob pena de inconstitucionalidade,

³⁵⁰ Op. cit.

³⁵¹ *Idem.*

³⁵² "A constituição Federal de 1988 garantiu, no seu art. 5º, inciso LVII, o chamado Princípio da Inocência, segundo o qual "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória". Com base em tal dispositivo, tem proclamado alguns doutrinadores seguidos por alguns tribunais, que processos penais ou inquéritos policiais em andamento e processos ou inquéritos arquivados não podem mais ser considerados para efeitos de antecedentes". CARVALHO NETO, Inácio de. **Aplicação da Pena**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 43.

³⁵³ Nesse mesmo sentido Sérgio Salomão Shecaira e Alceu Corrêa Júnior proclamam que os processos judiciais do acusado, que tenham conduzido à sua absolvição, os processos em curso e os inquéritos policiais são absolutamente irrelevantes para averiguação dos bons antecedentes. Mormente com o advento da Constituição em vigor, que em seu art. 5º, inc. LVII, consagra o princípio da inocência, até que haja o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. (SHECAIRA, Sergio Salomão e CORRÊA JÚNIOR, Alceu *apud* CARVALHO NETO, Inácio de, 2003, p. 44).

apenas a condenação criminal transitada em julgado pode ser analisada pelo magistrado como maus antecedentes.³⁵⁴

Assim sendo, parte da doutrina entende que processos judiciais pretéritos contra o acusado, onde sobrevenha sentença absolutória, não caracterizam antecedentes ao sentenciado.³⁵⁵

O jurista Mário Helton Jorge, no mesmo sentido, destaca que:

Os mais recentes julgamentos do Superior Tribunal de Justiça registram o entendimento de que “ante o princípio constitucional da presunção de não-culpabilidade, é defeso ao Magistrado considerar como maus antecedentes os registros policiais e judiciais em nome do réu para efeito de majorar a pena-base, ou ainda, na fixação da pena-base e do regime prisional, inquéritos e processos em andamento não podem ser levados em consideração como maus antecedentes, em respeito ao princípio da não-culpabilidade. Praticamente, ficaram qualificados como maus antecedentes, somente, as condenações com trânsito em julgado, após a segunda conduta.³⁵⁶

Ainda, nesse sentido, tem-se os dizeres do Professor Maurício Kuehne:

Até o trânsito em julgado, a situação do acusado ainda não está definida e, portanto, a pena do segundo delito não pode ser majorada. Responder a um processo não pode ser tido como probabilidade de condenação.³⁵⁷

Portanto, segundo esse entendimento, em observância ao princípio constitucional da presunção de inocência, apenas o trânsito em julgado da sentença condenatória é que torna a condenação juridicamente relevante.³⁵⁸

³⁵⁴ Op. cit., p. 50.

³⁵⁵ CARVALHO, Salo de; CARVALHO, Amilton Bueno de. Op. cit., p. 49.

³⁵⁶ Op. cit.

³⁵⁷ Op. cit., p. 182.

³⁵⁸ Segundo o julgado do Superior Tribunal de Justiça deve ser considerado como maus antecedentes: RECURSO ESPECIAL CRIMINAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. MAUS ANTECEDENTES. PROCESSOS SEM TRÂNSITO EM JULGADO. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. PRINCÍPIO DA NÃO-CULPABILIDADE. Com a dosimetria da pena, o magistrado deve observar as circunstâncias judiciais previstas

O mesmo entendimento é manifestado pelo eminente Ministro do Supremo Tribunal Federal, Celso de Mello:

A submissão de uma pessoa a meros inquéritos policiais, ou a perseguições criminais de que não haja ainda derivado qualquer título penal condenatório, não se reveste de suficiente idoneidade jurídica para justificar ou legitimar a especial exacerbação de pena. Tolerar-se o contrário implicaria admitir grave lesão ao princípio constitucional consagrador da presunção de não-culpabilidade dos réus ou dos indiciados.³⁵⁹

Por sua vez, Gilberto Ferreira discorda³⁶⁰ desses entendimentos doutrinários, uma vez que não acredita em ofensa à Constituição, quando se considera como antecedentes aqueles oriundos de processos, que ainda não transitaram em julgado.

Senão vejamos:

(...) acredito não haver ofensa a Constituição no fato de se considerar como antecedentes aqueles decorrentes de processos que ainda não transitaram em julgado. Quer me parecer que o legislador deseja no art. 58 é que o juiz considere tão só o comportamento do agente para apurar a sua propensão ao crime, a sua probabilidade de delinquir, independentemente de ser de culpado ou não. Nessas condições, o simples envolvimento um fato criminoso, do qual foi absolvido por falta de provas, por exemplo, já é um indicativo negativo, que acresce se do simples envolvimento resultar numa condenação ainda não transitada em julgado. Tanto me parece assim, que o Código considerou como agravante genérica (art. 61, I) a reincidência (que pressupõe uma condenação transitada em julgado), deixando para as circunstâncias as demais condenações que não configurassem reincidência. Ademais, num procedimento de revisão o réu sempre terá a oportunidade de eliminar de sua pena aquele *quantum* acrescido pela avaliação de seus maus antecedentes, caso venha ficar comprovado no julgamento definitivo daquela ação o reconhecimento de sua tese de negativa de autoria³⁶¹

no art. 59 do Código Penal e demais circunstâncias a ela relativa. Na fixação da pena-base, inquéritos e processos em andamento não podem ser levados em consideração como maus-antecedentes, em respeito ao princípio da não-culpabilidade. Recurso especial conhecido e parcialmente provido. (REsp nº. 733.318/RS, Relator o Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, DJU de 5/9/2005).

³⁵⁹ RHC nº. 80071/RS.

³⁶⁰ Nesse sentido, entre outros Inácio de Carvalho Neto também discorda dessa corrente doutrinária. Op. cit., p. 44-45.

³⁶¹ Op. cit., p. 84-85.

Logo, para o autor não se trata de considerar o réu culpado por aquele fato cujo processo ainda não tem sentença penal condenatória transitada em julgado, mas, tão somente, de levar em consideração o envolvimento dele, em outro processo judicial ou inquérito policial, sem valorar o fato como imputação de culpa.³⁶²

Gilberto Ferreira lembra, ainda, que nem sempre o envolvimento em processos judiciais poderá implicar maus antecedentes.³⁶³

Assim, deve o juiz ter em consideração que não basta dizer, genericamente, que o réu é portador de maus antecedentes. Deve apontar quais os fatos mencionados no processo que o caracterizam como portador de maus antecedentes.³⁶⁴

Cabe ressaltar, ainda, que, segundo Jorge Vicente da Silva³⁶⁵, existe ainda uma corrente intermediária, preferindo que, apenas, devem ser considerados para fins de antecedentes, apontamentos sem decisão transitada em julgado, quando forem em grande número, tanto na doutrina, quanto na jurisprudência. Acredita o autor que, em termos de apontamentos criminais; fere o princípio da presunção da inocência, contido na lei maior, desde que adotadas com cautela.

Assim, nesse sentido Nelson Leite Filho discorre que:

Discordo daqueles que dizem que a existência de inquéritos policiais e ações penais em andamento induz a antecedentes, pois simples inquérito (especialmente arquivados *ab initio*) não pode ser capaz de sugerir antecedentes em face do caráter administrativo e pela falta de contraditório ao mesmo, além do que, enquanto não houver decisão condenatória com trânsito em julgado, deve-se admitir a falta de antecedentes, a não ser em

³⁶² Não se trata, portanto, de atribuir ao réu consequência própria do *status* de condenado, como decidiu o Superior Tribunal de Justiça (STJ – Resp. nº 154.841 – RS – Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro – j. em 04.06.98 – LBJ 193/458 (ago./1998), verb. 15.334.)

³⁶³ Op. cit., p. 85.

³⁶⁴ *Idem*.

³⁶⁵ Op. cit., p. 252.

casos de inúmeros inquéritos ou ações penais a conduzir indícios suficientes da autoria ou da conduta reprovável.³⁶⁶

Portanto, para Jorge Vicente Silva³⁶⁷ parece ser melhor a interpretação que admite apontamentos criminais anteriores, para os fins de mensuração na aplicação da pena-base; todavia, o magistrado deve fundamentar a sua aplicação, devendo prevalecer o livre convencimento do juiz na valoração da prova, também em relação aos apontamentos criminais.³⁶⁸

Em face à complexidade e à dificuldade da análise da circunstância judicial dos antecedentes, é que ocorrem diversos erros judiciários.³⁶⁹

Corroborando, nesse mesmo entendimento, o jurista e doutrinador Mario Helton Jorge ensinando que são erros, ou defeitos, constatáveis no exame da circunstância dos antecedentes:

- 5.2.1.1 ausência de fundamentação: faz-se menção aos maus antecedentes, sem demonstrá-los concretamente, ou ainda não se faz qualquer menção a eles (tendo em vista os antecedentes e conduta social desfavoráveis... fixa-se a pena acima do mínimo legal);
- 5.2.1.2. inclusão da reincidência (art. 63,CP): a reincidência deve ser sopesada, somente, na segunda fase da dosimetria da pena, por se constituir em circunstância legal agravante (art. 61 , I, do CP), pelo critério da especialidade;
- 5.2.1.3. registro de antecedentes não judiciais;
- 5.2.1.4. fatos subseqüentes à data da prática do delito. Incluem-se delitos praticados após o que está sendo processado.
- 5.2.1.5. consideração de instauração de inquéritos policiais e processos criminais em andamento;
- 5.2.1.6. sentença penal condenatória não transitada em julgado;
- 5.2.1.7. inclusão de fatos ocorridos antes da maioridade penal do condenado: o agente menor é inimputável, não podendo constituir qualquer gravame na culpabilidade. Aliás, nem poderia constar qualquer certidão relativamente

³⁶⁶ LEITE FILHO, Nelson *apud*, SILVA, Jorge Vicente, 2003, p. 252.

³⁶⁷ Op. cit., p. 253.

³⁶⁸ Desta forma, tanto os processos anteriores que tiverem seu trânsito em julgado antes da prolação da sentença podem servir para os fins de antecedentes, quanto aqueles em que há pendência ou que estão arquivados sem que tenha ocorrido decreto condenatório, aí estando incluídos aqueles com declaração da prescrição retroativa.

³⁶⁹ COLLE, Juliana de Andrade. Op. cit.

aos atos praticados por ocasião da menoridade, porque correm em segredo de justiça;

5.2.1.8. condenações cuja pena foi cumprida ou extinta há mais de cinco anos da prática delitiva: depuradas pela ocorrência do prazo quinquenal, eis que sequer caracterizam a reincidência (art. 64, I, CP), sendo passível de reabilitação (art.93,CP). Importante destacar que os antecedentes não podem se perpetuar no tempo;

5.2.1.9. as propostas de suspensão condicional do processo e de transação penal e, ainda, os acordos civis extintivos da punibilidade: são medidas despenalizadoras, instituídas pela Lei nº 9099/95, que não possuem natureza condenatória nem há, nelas, qualquer admissão de culpa pelo autor do fato;

5.2.1.10. fatos delitivos alcançados pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva do Estado, em outra ação penal: fundamenta-se no princípio da presunção de inocência, posto que, quando ocorre a prescrição pela pena em abstrato, quanto pela pena em concreto, resta prejudicada a análise do mérito. Diferentemente, dá-se com a extinção da pretensão executória, pelo advento da prescrição, onde subsiste a condenação;

5.2.1.11. os fatos contravencionais: as contravenções não são espécie de crimes, mas espécie de delitos. No entanto, exceção a essa regra, é o caso do agente que está sendo julgado por prática de contravenção penal e que já possuía anterior condenação por contravenção: aí será considerado reincidente, como dispõe o artigo 7º da LCP.

5.2.1.12. ausência de prova incontroversa dos antecedentes: os maus antecedentes provam-se com a certidão do cartório criminal, devendo constar a data do trânsito em julgado da eventual condenação, ou mesmo da extinção da punibilidade. Assim, serão indicados os elementos constantes dos autos, que caracterizam os maus antecedentes, não podendo, simplesmente, afirmar que o acusado os possui. Outro aspecto relevante é a existência de homônimos. Existindo dúvidas, o registro deve ser desconsiderado;

5.2.1.13. inclusão dos crimes que integram o crime continuado em julgamento: “Conflita com a ordem jurídica em vigor considerar-se para a majoração da pena-base, e sob o ângulo das circunstâncias judiciais, processos que desaguaram na conclusão sobre a continuidade delitiva”³⁷⁰

A professora Juliana de Andrade Colle³⁷¹, em seu artigo Critérios para a valoração das circunstâncias judiciais (art. 59, do CP) na dosimetria da pena, com muita propriedade, no que tange à circunstância judicial, que investiga a *vita anteacta* do sentenciado, esclarece que a doutrina e a jurisprudência divergem, quanto às situações que podem ser consideradas como maus antecedentes, ensinando e explicando as várias hipóteses de reincidência, antecedentes ou ainda nenhuma delas, e

³⁷⁰ Op. cit.

³⁷¹ Op. cit.

que o mesmo fato jamais poderia servir concomitantemente como circunstância judicial e agravante. Observe-se:

Quanto aos crimes cometidos antes da maioridade penal, para a autora estes não se enquadram nem como reincidência, nem como antecedentes, porquanto os menores de dezoito anos são não imputáveis³⁷², ou seja, falta uma condição prévia para que o juízo normativo de censura possa incidir, não sendo possível imputar juridicamente a essa pessoa a prática do fato.³⁷³

Da mesma forma, entende Ricardo Augusto Schmitt³⁷⁴, que antecedentes são fatos ilícitos anteriores ocorridos na vida do agente capaz, sujeito ao poder punitivo estatal. Assim sendo, as possíveis condenações ocorridas por meio de representações por atos infracionais, com a aplicação de medida sócio-educativa, não servem para configurar maus antecedentes, ainda que a decisão tenha transitada em julgado. Do mesmo modo, não se consideram, para fins de antecedentes criminais quaisquer procedimentos afetos a área da infância e juventude.³⁷⁵

Quanto às contravenções penais, a autora Juliana de Andrade Colle, entende que estas não geram reincidência, uma vez que o artigo 63 do Código Penal refere-se, unicamente, ao cometimento de um novo crime, e considerando que contravenção³⁷⁶

³⁷² Não caracterizam ainda, maus antecedentes os fatos ocorridos antes da maioridade penal do condenado, por não poderem, graças à anterior inimizabilidade do agente, constituir qualquer gravame na culpabilidade. Exacerbar a pena por fatos praticados quando o agente estava fora do alcance da norma penal contraria a lógica e o bom senso.

³⁷³ COLLE, Juliana de Andrade. Ob. cit.

³⁷⁴ SCHMITT, Ricardo Augusto. **Sentença Penal Condenatória. Aspectos Práticos e teóricos à elaboração**. 2ª ed. ver. ampl. e atual. Bahia: Podivm, 2007, p. 62-63.

³⁷⁵ Op. cit., p. 64.

³⁷⁶ “Apesar de constituírem infrações penais, as contravenções (Decreto-Lei nº 3688/41) quando implicam condenação definitiva, não geram reincidência porque a lei se refere expressamente à condenação anterior por crime. Exceção a essa regra, é o caso do agente que está sendo julgado por prática de contravenção penal e que já possuía anterior condenação por contravenção: aí será considerado reincidente, como dispõe o artigo 7º da LCP”. COLLE, Juliana de Andrade. Op. cit.

não é crime e sim uma espécie de infração penal (gênero). Já, com relação aos antecedentes, as contravenções podem ser consideradas como tal.

A respeito dos crimes militares próprios³⁷⁷ e os crimes políticos³⁷⁸ são excluídos da reincidência por determinação expressa no artigo 64, inciso II do Código Penal e do mesmo modo não ensejarão maus antecedentes. E, de acordo com a professora Juliana de Andrade Colle, não por acidente, mas por reprimirem condutas administrativas ou por motivação diversa do criminoso comum³⁷⁹. Para a autora, o militar que, simplesmente, desertou não lesou ninguém, não praticou conduta danosa aos bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal, a não ser a disciplina da corporação, ou a entidade militar, ao contrário daquele que provocou um incêndio no quartel, depredando o patrimônio militar, conseqüentemente o crime militar impróprio é passível de reincidência ou antecedente.

Também, assevera, nesse sentido, Mauricio Kuehne, em virtude do fato de o crime político e o crime militar próprio possuírem uma natureza distinta, são impedidos de caracterizar maus antecedentes.

Relativamente ao inquérito policial instaurado, que ainda não resultou, ao menos, na apresentação ao judiciário? Este não pode ser considerado como antecedentes. Do mesmo modo, quanto ao inquérito policial instaurado, embora apresentado ao judiciário tendo sido recebido a denúncia, ou a queixa conforme o

³⁷⁷ O crime militar pode ser próprio ou impróprio. Considera-se como crime militar próprio, aqueles previstos no Código Penal Militar nos quais o sujeito ativo é um militar, como por exemplo: deserção, abandono de posto, insubordinação etc. E como crime militar impróprio, ocorre quando o bem jurídico ofendido é o patrimônio ou a administração militar, independentemente da qualidade do autor. FERREIRA, Gilberto. Op. cit., p. 109.

³⁷⁸ “O crime político é o ato punível caracterizado pela ofensa ou ameaça à ordem jurídica vigente numa nação, pondo em risco a segurança externa ou interna das instituições políticas”. DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 947.

³⁷⁹ “... são não reincidentes aqueles que possuem, na data do delito, condenação definitiva por crime militar próprio ou político (art. 64, II, do CP). (...) Não podem, ainda, ser consideradas como maus antecedentes as condenações anteriores por crimes militares próprios e por crimes políticos, porque a lei as exclui do conceito de reincidência, e não o fez por acaso. As excluiu ora porque puniam condutas administrativas, ora porque a motivação do agente o diferenciava do criminoso comum”. COLLE, Juliana de Andrade. Op. cit.

caso, também, não pode ser considerado como antecedentes. No caso de o processo não ter sido instaurado, desmerece qualquer interesse do juízo, limitando-se a uma notícia não confirmada. Igualmente, não será considerado antecedente se a prestação jurisdicional foi iniciada, no entanto tenha resultado na absolvição.³⁸⁰

Comungando com o entendimento da professora e doutrinadora Juliana de Andrade Colle, o jurista Ricardo Augusto Schmitt³⁸¹ afirma que inquérito policial não configura maus antecedentes, uma vez que não passa de mero procedimento na esfera administrativa, o qual não está sequer submetido a apreciação do contraditório e da ampla defesa, suscitando, apenas, uma mera possibilidade de instauração da ação penal, o que poderá, ou não, ocorrer. Do mesmo modo, os inquéritos policiais arquivados, não podem ser levados em consideração para justificar a existência de maus antecedentes. Quanto ao processo criminal, em andamento, não configura maus antecedentes, visto que possui um longo caminho a ser percorrido, até a prolação da sentença penal, a qual poderá ser de cunho condenatório, mas o tempo poderá se revelar como sendo absolutória, extintiva da punibilidade, dentre outras, as quais, logicamente, não fazem incidir qualquer culpabilidade ao agente. Igualmente, pode-se afirmar, que os processos crimes já arquivados (sem que tenha havido uma sentença penal condenatória transitada em julgado), não podem ser levados em consideração para justificar a existência de maus antecedentes.³⁸²

Com relação aos processos, em que a prestação jurisprudencial foi iniciada? Se ocorrer decisão não-condenatória definitiva (independentemente do fundamento – art.

³⁸⁰ “(...) em respeito ao princípio constitucional da presunção de inocência, não se podem considerar como maus antecedentes: a mera instauração de inquérito policial, nem a existência de ações penais em andamento, nem mesmo quando há sentença penal condenatória que ainda não transitou em julgado(...)”. COLLE, Juliana de Andrade. Op. cit.

³⁸¹ Op. cit., p. 62-63.

³⁸² *Idem.*

386 do CPP), não pode ser considerado como antecedentes, o processado é considerado como inocente e obviamente, mantida a primariedade, sem nenhum arranhão ao seu histórico deste evento.

Compartilhando, novamente, com a opinião da professora e doutrinadora Juliana de Andrade Colle, o jurista Ricardo Augusto Schmitt afirma que o processo criminal, em que restou declarada extinta a punibilidade do agente, pela prescrição da pretensão punitiva estatal, também, não configuram maus antecedentes. Por sua vez, se a extinção da punibilidade se deu pela prescrição da pretensão executória, considera-se como maus antecedentes, uma vez que pressupõe a existência de uma sentença penal condenatória transitada em julgado e o Estado tão somente não conseguiu executar a pena aplicada, em tempo hábil.³⁸³

Com alusão as decisões condenatórias definitivas, que foram prolatadas depois da conduta criminosa, que neste momento, estão sendo apreciados pelo atual sentenciante, também não geram maus antecedentes e nem mesmo reincidência, uma vez que para os dois casos, apenas os fatos anteriores ao julgamento atual e não supervenientes é que são considerados.

Quanto à decisão, que transitou em julgado, depois dos fatos, que estão sendo apreciados pelo atual sentenciante, estes, sim, podem ser considerados antecedentes; contudo, não para efeitos de reincidência. A sentença condenatória adquiriu a qualidade de imutabilidade, posteriormente ao segundo crime, ainda que anterior a seu julgamento. Assim, na data do julgamento do segundo crime já havia sentença penal condenatória, transitada em julgado contra o réu, porém, não se configura reincidência,

³⁸³ Op. cit., p. 64.

pois o segundo crime foi praticado antes do trânsito em julgado. Configura, portanto o caso de maus antecedentes.³⁸⁴

Com relação aos crimes de menor potencial ofensivo (pena inferior a 2 anos), regulado pela Lei 9099/95 dos Juizados Especiais Criminais, não há que se falar em antecedentes criminais³⁸⁵, decorrentes de acordos conciliatórios³⁸⁶, transações penais³⁸⁷, que nem mesmo resultou na instauração de processo penal, ou suspensão condicional do processo³⁸⁸, em que houve a abertura do processo, mas foi suspenso e posteriormente, extinto sem julgamento do mérito.

No mesmo sentido, Ricardo Augusto Schmitt afirma que, quanto à transação penal estatuída pela Lei nº 9099/95 e por expressa disposição legal (artigo 76, parágrafos 4º e 6º), não gera maus antecedentes, desde que aceita pelo autor do fato. Da mesma forma, não constitui maus antecedentes a suspensão condicional do processo estatuída no artigo 89 da Lei nº 9099/95, devido à inexistência de sentença penal, condenatória transitada em julgado, o que revela a impossibilidade de se encarar

³⁸⁴ “(...) o agente, quando praticou a conduta que se está punindo, já havia praticado outro crime, contudo, só veio a ser condenado definitivamente por este após praticar aquele. Tal situação não se enquadra no conceito de reincidência, mas, por haver trânsito em julgado da condenação, é justo que se recrudesça a reprimenda ao agente, tendo em vista que, ao praticar o delito, já havia praticado outro, o que indica maior reprovação à conduta (...)”. COLLE, Juliana de Andrade. Op. cit.

³⁸⁵ “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”. COLLE, Juliana de Andrade. Op. cit.

³⁸⁶ Nos Juizados Especiais, existe a possibilidade de um acordo entre o noticiante (ofendido) e o noticiado (autor), obtido em uma audiência prévia de conciliação. Esse acordo é homologado pelo Juiz encerrando a demanda judicial, sem instaurar processo algum.

³⁸⁷ Se a conciliação for infrutífera, o Ministério Público deverá (direito público subjetivo) propor, antes da apresentação da denúncia, a transação penal, ou seja, a aplicação imediata de pena não privativa de liberdade (prestação de serviços à comunidade, prestação pecuniária, perda de bens e valores, interdição temporária de direitos e limitação de fim de semana). Se a transação penal for aceita pelo noticiado, fica impedida a abertura de processo criminal. Conseqüentemente, essa notícia crime não gera reincidência, não consta das certidões de antecedentes criminais, nem se constitui em título executório para atuar no cível. Entretanto, ficará registrado na ficha do noticiado a concessão do benefício, para que o impossibilite de transacionar novamente durante o período de cinco anos.

³⁸⁸ Não sendo acolhida a transação penal, o promotor oferecerá a denúncia ao Juiz, juntamente com a possibilidade de suspensão condicional do processo pelo período de dois a quatro anos, sob algumas condições impostas ao noticiado, que, do mesmo modo, respeitadas, extinguirá a punibilidade quando completados o prazo de suspensão, encerrando o processo criminal.

processos criminais, não afetados pela coisa julgada, como geradores de maus antecedentes.³⁸⁹

Também, não se consideram maus antecedentes as condenações cuja pena foi cumprida, ou extinta há mais de cinco anos, da prática delitiva, decorrendo essa proibição, por lógica, do prazo quinquenal depurador da reincidência, previsto no artigo 64, inciso I do Código Penal, garantidor de que o cidadão não será eternamente discriminado.

Neste ponto, o jurista Ricardo Augusto Schmitt diverge da doutrinadora Juliana de Andrade Colle ao asseverar que prevalece nos Tribunais Superiores o entendimento de que a pena extinta, ou cumprida há mais de 5 (cinco) anos, se configura maus antecedentes, não podendo ser apenas valorada para fins de reincidência.³⁹⁰

Depois de analisadas a divergência que existem na doutrina e na jurisprudência, quanto às situações que podem ser consideradas como maus antecedentes, restaram apenas duas situações que são passíveis de aplicação da circunstância judicial: as condenações anteriores, por contravenção penal, e as condenações transitadas em julgado, após a segunda conduta.³⁹¹

No que diz respeito à prova dos antecedentes, 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. Sendo, portanto, imprescindível que, tanto a reincidência, como os antecedentes sejam comprovados com certidão emitida pelo escrivão judicial devidamente assinada e

³⁸⁹ Op. cit., p. 64.

³⁹⁰ *Idem.*

³⁹¹ COLLE, Juliana de Andrade. Op. cit.

especificando as datas da condenação e trânsito em julgado e, por ventura, da extinção de punibilidade, sob pena de nulidade.³⁹²

Quanto à questão da prova dos antecedentes, o jurista Ricardo Augusto Schmitt ensina que devem ser por meio de certidão cartorária judicial, todavia estas certidões devem receber o valor que realmente merecem.³⁹³

6.3.2.3 A conduta social³⁹⁴

Primeiramente, cabe lembrar que essa circunstância judicial foi incluída pelo legislador em 1984, uma vez que antes da reforma do Código Penal, estava contida no conceito de antecedentes.

Como bem lembra Paulo José da Costa Júnior, “a conduta social não representa um novo elemento orientador na fixação da pena, porque foi destacado dos antecedentes do Código Penal, antes da reforma”.³⁹⁵

Juliana de Andrade Colle, também, observa que “a terceira circunstância do artigo 59, do Código Penal, antes da reforma de 1984, era abrangida pela dos antecedentes”.³⁹⁶

Do mesmo modo, o doutrinador José Eulálio Figueiredo de Almeida lembra que, antes da reforma do Código Penal em 1984, a conduta social estava inserida no conceito de antecedentes.³⁹⁷

³⁹² COLLE, Juliana de Andrade. Op. cit.

³⁹³ Op. cit., p. 66.

³⁹⁴ A conduta social do réu tanto pode ser favorável ou contrária a ele, basta conferir cada hipótese em julgamento. Ao demais, não se trata de novidade, desde que é uma circunstância que envolve a vida do acusado antes do delito, sob aspectos de relacionamento familiar e social. (STF — RE — Relator Ministro José Cândido — RSTJ 17-472)

³⁹⁵ COSTA JÚNIOR, Paulo José da, *apud* CARVALHO NETO, Inácio de, 2003, p. 51.

³⁹⁶ Op. cit.

Portanto, antes da reforma penal de 1984, o magistrado considerava, como antecedentes tudo o que hoje se considera como antecedentes e conduta social. Logo, pode-se dizer que houve apenas um desmembramento daquela circunstância em duas.³⁹⁸

Por conduta social, entende-se o comportamento do agente perante a sociedade, tais como as suas atividades em relação à vida familiar, ao trabalho etc.³⁹⁹ Por meio desta circunstância, o juiz avaliará se o agente vive bem em sociedade, seu relacionamento com a família, vizinhos, no trabalho, se o ato violento foi um acontecimento fora do normal.⁴⁰⁰

Julio Fabbrini Mirabete⁴⁰¹, entende esta circunstância como sendo aquela que diz respeito aos diversos papéis desempenhados pelo agente, junto à comunidade. Aqui, pode-se compreendê-la como o conjunto de comportamento, no seio social, na família, na empresa etc.

Ruy Rosado de Aguiar Júnior esclarece que a conduta social consiste

no modo pelo qual o agente exerceu os papéis que lhe foram reservados na sociedade. Trata-se de averiguar, através dessa circunstância, o seu desempenho na sociedade, em família, no trabalho, no grupo comunitário, formando um conjunto de fatores do qual talvez não tenha surgido nenhum fato digno de registro especial, mas que serve para avaliar o modo pelo qual o agente se tem conduzido na vida de relação, exame esse que permitirá concluir se o crime é um simples episódio, resulta de má educação ou revela sua propensão para o mal.⁴⁰²

³⁹⁷ ALMEIDA, Jose Eulálio Figueiredo de. **Sentença Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 74.

³⁹⁸ CARVALHO NETO, Inácio de. Op. cit., p. 51.

³⁹⁹ GOMES, Eduardo Caetano. Op. cit.

⁴⁰⁰ Como ele está inserido na sociedade, sua vida antes do crime, por exemplo: um marido violento e péssimo pai demonstra uma índole desviada e sua pena deve se afastar do mínimo, enquanto o contrário disso, um bom marido, bom pai, demonstra uma pessoa mais correta, portanto sua pena poderá ficar próximo do mínimo.

⁴⁰¹ Op. cit., p. 288.

⁴⁰² Op. cit.

O jurista Mario Helton Jorge, em consonância com esse ensinamento, afirma que:

A conduta social consiste no modo pelo qual o agente exerceu os papéis que lhe foram reservados na sociedade. Trata-se de averiguar, através dessa circunstância, o seu desempenho na sociedade, em família, no trabalho, na religião, no grupo comunitário, formando um conjunto de fatores do qual talvez não tenha surgido nenhum fato digno de registro especial, mas que serve para avaliar o modo pelo qual o agente se tem conduzido na vida, exame esse que permitirá concluir se o crime é um simples episódio, resulta de má educação ou revela sua propensão para o mal. Devem ser levados em conta os elementos indicativos da falta de adaptação, ou do bom relacionamento do agente perante a sociedade, em que está integrado, ou seja, quando o ambiente em que o agente se inserir for, por exemplo, uma favela, não lhe poderá ser exigido comportamento típico das classes sociais mais abastadas. É o comportamento do agente em seu meio social. Nestes campos da vida, pode-se analisar: 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. O fato de o agente ter vasta folha de ocorrências policiais, processos em andamento, não lhe retira o direito de ser respeitado e querido em seu ambiente social.⁴⁰³

Paulo José da Costa Júnior⁴⁰⁴ entende que a conduta social é o papel que o acusado teve, em sua vida pregressa, na comunidade em que integrou. Se foi um homem voltado para o trabalho, probo, caridoso, ou se, ao invés disso, transcorreu os seus dias ociosamente, ou exercendo atividades parasitárias ou anti-sociais. Na conduta social, será, também, considerado o comportamento do agente no seio da família, o modo pelo qual desempenhou seu papel como pai e como marido ou companheiro. Do mesmo modo, será considerada, nessa circunstância, sua conduta no ambiente de trabalho, de lazer ou escolar. Se ele se mostrava sociável, cordial,

⁴⁰³ Op. cit.

⁴⁰⁴ COSTA JÚNIOR, Paulo José da, *apud* CARVALHO NETO, Inácio de, 2003, p. 51.

educado, prestativo, ou introvertido, ríspido, egocêntrico, egoísta, agressivo para com seu colegas de trabalho, ou de escola, ou para com seus companheiros de clube.⁴⁰⁵

Da mesma forma, José Eulálio de Almeida leciona que o juiz deve colher da prova produzida nos autos:

...a vocação do acusado para o trabalho ou para a ociosidade; a afetividade 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 prefere 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 escolaridade, tal como a assiduidade e a abnegação pelo estudo ou o desinteresse pelo mesmo, assim como o respeito e o relacionamento com funcionários, professores e diretores do estabelecimento escolar.⁴⁰⁶

Para Gilberto Ferreira⁴⁰⁷, esta circunstância poderia muito bem ser analisada junto aos antecedentes, porque não mais são que acontecimentos anteriores ao fato, adotando como critério para a valoração da conduta social, a caminhada de vida percorrida pelo agente.⁴⁰⁸ Avalia, com muito cuidado, como se comportava o agente na condição de estudante, de pai, de trabalhador, de componente da vida social:

...um mau aluno, um pai irresponsável, que deu causa à separação e não paga alimentos aos filhos, ou que se entrega constantemente à embriaguez ou a uma vida desregrada. Um empregado que vive encrencando com seus colegas de trabalho. Uma pessoa insensível que não tem a menor consideração para com o próximo, vivendo à margem da sociedade.⁴⁰⁹

⁴⁰⁵ COSTA JÚNIOR, Paulo José da, *apud* CARVALHO NETO, Inácio de, 2003, p. 52.

⁴⁰⁶ *Op. cit.*, p. 74.

⁴⁰⁷ *Op. cit.*, p. 85.

⁴⁰⁸ *Op. cit.*, p. 86.

⁴⁰⁹ *Idem.*

Com base nas afirmações de Gilberto Ferreira, Jorge Vicente Silva⁴¹⁰ afirma que a conduta social do agente deve ser aferida no momento da prolação da sentença, podendo ser considerados fatos anteriores ou posteriores a prática do crime.⁴¹¹

Neste ponto o jurista Ricardo Augusto Schmitt⁴¹² diverge do jurista Gilberto Ferreira ao asseverar que a conduta social difere dos antecedentes, pois aqueles estão ligados a prática de um delito, que mereceu sanção definitiva do Estado. Quanto à conduta social não se refere a fatos criminosos, mas sim ao comportamento da pessoa no mundo exterior onde habita.

Nesse mesmo sentido, José Antônio Paganella Boschi entende que:

a valoração da conduta social não se confunde com os antecedentes. É sempre em relação à sociedade na qual o acusado esteja integrado, e não em relação à sociedade formal dos homens tidos como de bem. Sem dúvida, um indivíduo que, por exemplo, habite em uma favela em paz e amizade com os vizinhos não pode receber uma valoração negativa, só porque o juiz, influenciado por variáveis ideológicas, tem o entendimento de que, na cidade, existem ambientes mais sadios para o desenvolvimento das relações sociais.⁴¹³

Para doutrinadora Juliana de Andrade Colle⁴¹⁴, a valoração da conduta social, também, não se confunde com o exame dos antecedentes. 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:

⁴¹⁰ Op. cit., p. 256.

⁴¹¹ O doutrinador Juarez Cirino dos Santos entende que a circunstância judicial da conduta social é objeto de conflito, na doutrina e jurisprudência, com outra circunstância judicial, os antecedentes. Todavia cumpre ressaltar que, conforme bem exposto por Cirino dos Santos, tal conflito se dá com o conceito tradicional de antecedentes, que inclui os inquéritos policiais, processos criminais etc., e não com o conceito crítico, restrito a condenações criminais definitivas. Op. cit., p. 562.

⁴¹² Op. cit., p. 67.

⁴¹³ Op. cit., p. 204.

⁴¹⁴ Op. cit.

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 conjecturas, é necessário que se ponderem as provas, geralmente orais, produzidas nos autos: a palavra das testemunhas que conviveram com réu (inclusive das abonatórias), eventuais declarações, atestados, abaixo-assinados, etc, que demonstrem um comportamento habitual. A constatação de um fato isolado na vida do condenado não revela sua conduta social, que é sempre permanente.⁴¹⁵

A valoração da conduta social, na prática, pelos magistrados, restringem-se na elaboração de questionário, respondido pelo próprio acusado, no qual o mesmo informa detalhes acerca de sua vida social, familiar e profissional; esse questionário, entretanto, tem pouco valor, já que leva em conta o comportamento do acusado, junto à comunidade, o seu modo de agir nas suas ocupações, a sua cordialidade ou agressividade, egocentrismo, rispidez ou finura de trato.⁴¹⁶

Dessa forma, o posicionamento não fundamentado do Magistrado de que o apenado possui má conduta social, devido ao fato de se revelar perigoso à sociedade, não é correta, uma vez que ao agente que se apresenta perigoso, pela probabilidade de voltar a delinquir, a legislação estabelece a aplicação de medida de segurança.⁴¹⁷

Portanto, no que se refere à conduta social, não pode o Magistrado restringir-se a afirmar que o réu aparentemente não possui boa conduta social, sem fundamentar sua decisão nos elementos probatórios dos autos. Não bastam meras presunções, faz-se necessário a avaliação das provas contidas nos autos que demonstrem o tipo de comportamento do agente, no cotidiano.⁴¹⁸

⁴¹⁵ COLLE, Juliana de Andrade. Op. cit.

⁴¹⁶ *Idem.*

⁴¹⁷ *Idem.*

⁴¹⁸ *Idem.*

O jurista Mário Helton Jorge⁴¹⁹, também, entende que não se justifica a valoração negativa da conduta social do agente, sustentada em meras presunções, pois é imprescindível a avaliação das provas contidas nos autos. Ademais, se o exame da circunstância da conduta social não for bem avaliada podem ocorrer diversos erros, ou defeitos, tais como:

5.3.1.1. ausência de fundamentação: não se faz qualquer referência à conduta social;

5.3.1.2. fundamentação vaga: Afirmação de má conduta social, sem demonstração de qualquer elemento concreto extraído dos autos: “o réu possui má conduta social....”;

5.3.1.3. má conduta social com fundamento em periculosidade: o réu revela-se “perigoso”, pela probabilidade de voltar a delinquir. No entanto, a contradição está em que os perigosos são absolvidos, embora submetidos à medida de segurança;

5.3.1.4. exame dos antecedentes criminais como má conduta social: a valoração da conduta social, também, não se confunde com o exame dos antecedentes, porquanto existem sujeitos com registro de antecedentes criminais, mas de conduta social elogiável. Outrossim, é possível encontrar situações em que o sujeito, sem qualquer passado judicial imaculado, seja temido na comunidade em que vive!;

5.3.1.5. fato desabonador isolado: os fatos desabonadores devem revelar um comportamento habitual. A constatação de um fato isolado na vida do condenado não revela sua conduta social, que é sempre permanente;⁴²⁰

6.3.2.4 A personalidade⁴²¹

O termo personalidade deriva de *persona*, que significa máscara, referindo-se às máscaras utilizadas pelos atores, nos dramas gregos, buscando dar significado aos

⁴¹⁹ Op. cit..

⁴²⁰ *Idem*.

⁴²¹ Logo, percebe-se nitidamente que a personalidade do réu é voltada à violência sem o mínimo respeito à integridade física alheia, o que causa temor da comunidade onde reside. Este fator causa reflexo direto na instrução desta ação penal, pois, caso persista tal comportamento, as testemunhas a serem ouvidas em Juízo naturalmente sentir-se-ão amedrontadas, temendo futuras represálias do réu, que está atemorizando o meio social em que vive, máxime pelo fato de estar respondendo a processo por homicídio doloso, que deverá ser posteriormente submetido ao Tribunal do Júri desta Comarca. (TJSC — Habeas corpus n. 11.434, de Canoinhas. Relator Tycho Brahe)

papéis que representavam. Hodiernamente, os papéis referem-se ao que todos os homens desempenham na vida em sociedade.⁴²²

A personalidade configura-se como o agente, frente às situações comuns do dia-a-dia, é na sua maneira de ser, suas qualidades morais e sociais, a boa ou má índole, sua agressividade, sua periculosidade, ou seja, as condições que indiquem a probabilidade de que volte a delinquir.⁴²³ Implica na apreciação da índole: sensibilidade ético-social e desvios de caráter. Outros aspectos também devem ser levados em conta à apreciação da personalidade do agente, como a plurirreincidência e a distorção psicológica.⁴²⁴

No dizer de Jorge Vicente Silva⁴²⁵ a personalidade representa a quantidade e qualidade de atributos éticos e morais adquiridos pelo agente no curso de sua vida, do qual se extrai a sua forma de agir, sentir, etc. Enfim, sua completa maneira de ser e de agir com as pessoas, o respeito a princípios e preceitos que a sociedade tem por corretos em um indivíduo no seu comportamento cotidiano.

Ruy Rosado de Aguiar Júnior ensina que a personalidade é:

formada pelo conjunto dos dados externos e internos que moldam um feitio de agir do réu, instrumental que ele herdou ou adquiriu e com o qual responde às diversas situações que lhe são propostas na vida diária. Foi definida como “a organização dinâmica dos sistemas psicofísicos que determinam o ajustamento do indivíduo ao meio circundante”. Quanto mais esse conjunto levou o réu a comportamentos reprováveis, tanto mais o crime

⁴²² NUCCI, Guilherme de Souza. Op. cit., p. 186.

⁴²³ GOMES, Eduardo Caetano. Op. cit.

⁴²⁴ Op. cit.

Logo, percebe-se nitidamente que a personalidade do réu é voltada à violência sem o mínimo respeito à integridade física alheia, o que causa temor da comunidade onde reside. Este fator causa reflexo direto na instrução desta ação penal, pois, caso persista tal comportamento, as testemunhas a serem ouvidas em Juízo naturalmente sentir-se-ão amedrontadas, temendo futuras represálias do réu, que está atemorizando o meio social em que vive, máxime pelo fato de estar respondendo a processo por homicídio doloso, que deverá ser posteriormente submetido ao Tribunal do Júri desta Comarca. (TJSC — Habeas corpus n. 11.434, de Canoinhas. Relator Tycho Brahe)

⁴²⁵ Op. cit., p. 253.

é um reflexo dessa personalidade, que, por isso mesmo, deve sofrer um juízo negativo; é o que acontece quando a personalidade do autor revela tendências criminais.⁴²⁶

Para o jurista Mario Helton Jorge⁴²⁷, a personalidade é formada pelo conjunto dos dados externos e internos que moldam um feitio de agir do réu, instrumental que ele herdou, ou adquiriu, e com o qual responde às diversas situações, que lhe são propostas na vida diária.

Para José Antonio Paganella Boschi a personalidade é algo que nasce com o indivíduo; todavia, é passível, assim como próprio indivíduo, de mudanças. Além da abrangência genética, há que se ressaltar, também, os traços emocionais e comportamentais, herdados ou cotidianamente adquiridos, no sentido de que seus valores morais e comportamentais possibilitam a distinção de um ser humano em face de todos os outros indivíduos do planeta.⁴²⁸

Também, para Juliana de Andrade Colle⁴²⁹ a personalidade é a índole do agente, sua maneira de agir e de sentir, seu grau de senso moral, ou seja, a totalidade de traços

⁴²⁶ “De modo geral, a personalidade refere-se ao modo relativamente constante e peculiar de perceber, pensar, sentir e agir do indivíduo, incluindo também habilidades, atitudes, crenças, emoções, desejos, o modo de comportar-se, inclusive os aspectos físicos do indivíduo, e de que forma todos esses aspectos se integram, organizam-se, conferindo peculiaridade e singularidade ao indivíduo.” ... “Cada indivíduo tem sua história pessoal e essa é a unidade básica a ser levada em conta no estudo da personalidade. Na história pessoal, devemos considerar: os dados biopsicológicos herdados; o meio, isto é, condições ambientais, sociais e culturais nas quais o indivíduo se desenvolve; os dados adquiridos na interação hereditariedade-meio, as características e condições de funcionamento do indivíduo nessa interação.” (“Análise da personalidade para fixação da pena: contradições e ilegalidade no artigo 59 do Código Penal, Pedro Sérgio dos Santos e Mara Lúcia Almeida Vieira, Revista de Informação Legislativa, pág. 113). Dos mesmos autores, ainda colho as definições: “Temperamento: deve ser entendido como uma alusão aos aspectos da hereditariedade e da constituição fisiológica que interferem no ritmo individual, no grau de vitalidade ou emotividade dos indivíduos; Caráter: utilizado para designar aspectos morais dos indivíduos, bem como na referência a reações afetivas, ou, mais comumente, para designar aquilo que diferencia um indivíduo de outro, a marca pessoal de alguém; Traço de personalidade: refere-se a uma característica duradoura da personalidade do indivíduo (ser reservado, ser bem-humorado, etc.). Os traços são inferidos a partir do comportamento.” AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Op. cit.

⁴²⁷ Op. cit.

⁴²⁸ Op. cit., p. 207.

⁴²⁹ Op. cit.

emocionais e comportamentais do indivíduo, elemento estável de sua conduta, formado por inúmeros fatores endógenos ou exógenos.⁴³⁰

Continuando, a autora menciona que a missão do Magistrado, na valoração desta circunstância, não é nada simples. Exige, em primeiro lugar, que 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.⁴³¹

Igualmente, Gilberto Ferreira⁴³² entende que a personalidade diz respeito à índole do ser humano, a sua maneira de agir e sentir, a sua maneira de ser. Destarte, é um conjunto de atributos adquiridos ao longo da vida, de modo que sem eles o homem, deixa de existir como ser humano. Por fim, a personalidade é que determina a individualidade de uma pessoa.⁴³³ É o elemento estável da conduta de uma pessoa, formado por inúmeros fatores endógenos e exógenos.⁴³⁴ E, mais, o Juiz não tem condições de avaliar cientificamente a personalidade do criminoso, por quatro principais motivos:

a) primeiro, pelo fato de o magistrado não ter preparo técnico em caráter institucional, pelo fato de que a noção sobre psicologia e psiquiatria as adquire como autodidata; b) Segundo, pelo fato de que não dispõe de tempo para se dedicar a tão profundo estudo, pois como faz-se notório, a magistratura brasileira vive assoberbada de trabalho; c) Terceiro, pelo fato de que como não vige no processo penal a identidade física, ou seja, um

⁴³⁰ Também ensina o jurista Mario Helton Jorge que a personalidade é definida pela doutrina como a índole do agente, sua maneira de agir e de sentir, seu grau de senso moral, ou seja, a totalidade de traços emocionais e comportamentais do indivíduo, elemento estável de sua conduta, formado por inúmeros fatores endógenos ou exógenos. Op. cit.

⁴³¹ COLLE, Juliana de Andrade. Op. cit.

⁴³² FERREIRA, Gilberto. Op. cit., p. 86.

⁴³³ Cumpre destacar que a personalidade do agente é característica individual. Praticamente impossível, portanto, repetir-se em terceiros, com igual forma e intensidade. Assim, fica sem fundamento considerar a personalidade de co-réus como idênticas. Também não pode o Magistrado julgar o agente pelo que seus ancestrais praticaram nem pelo que pratica o agrupamento ou grupo social do qual participa.

⁴³⁴ *Idem.*

contato físico e pessoal entre o julgador e o julgado, muitas vezes a sentença é dada sem ter o juiz qualquer contato com o réu; d) E, por fim, pelo fato de que em detrimento das deficiências materiais do Poder Judiciário e da polícia, o processo nunca vem suficientemente instruído pelo inquérito policial de modo a permitir uma rigorosa análise da personalidade.⁴³⁵

Continuando, o autor ensina ainda que, quando esta circunstância foi estabelecida pelo legislador, não pretendia que a análise fosse realizada com o rigor e o conhecimento que se exigiria de um especialista, em psicologia ou psiquiatria. O legislador aspirava que o juiz tivesse certa sensibilidade, para perceber que a personalidade do agente dependia essencialmente das condições de vida do agente.⁴³⁶

Por esse motivo é que Aníbal Bruno⁴³⁷ ensinava que o magistrado deveria levar em conta o meio circundante do criminoso que o formou e bem assim o meio em que vive, em confronto com o meio circundante ocasional, onde aconteceu o episódio criminoso, de modo que um exame assim realizado mostrará em que medida o crime é reflexo do meio circundante, tornando-o mais ou menos reprovável.

Portanto, de todas as circunstâncias judiciais, esta certamente, é a mais difícil de ser analisada pelo magistrado por inúmeras razões, dentre as quais, a sua falta de conhecimento de psicologia e psiquiatria, carência de tempo a decifrar o comportamento do acusado, processos maus instruídos, distanciamento entre julgador e a realidade fática, desembocando na insegurança do juízo, com expressões genéricas do tipo “personalidade ajustada”, “desajustada”, “agressiva”, “impulsiva”, “perversa”, nada concludentes.⁴³⁸

⁴³⁵ FERREIRA, Gilberto. Op. cit., p. 88.

⁴³⁶ *Idem.*

⁴³⁷ BRUNO, Aníbal *apud* FERREIRA, Gilberto, 2004, p. 88-89.

⁴³⁸ FERREIRA, Gilberto. Op. cit., p. 87.

Do mesmo modo, entende o doutrinador José Antonio Paganella Boschi⁴³⁹ ao ensinar que a definição da personalidade do agente nem sempre é tarefa fácil⁴⁴⁰, como pode aparentar, especialmente porque, para sua análise, muitas vezes há a necessidade da avaliação de várias ciências ligadas ao estudo das pessoas (psicologia, antropologia, sociologia etc.), o que tem demonstrado, na prática, que a valoração desta circunstância não tem atendido as necessidades neste aspecto, resultando afirmações vagas, genéricas e imprecisas, que, na maioria das vezes, sequer têm relação com a personalidade do infrator (personalidade ajustada, desajustada, agressiva, impulsiva, boa ou má, que do ponto de vista técnico nada dizem, salvo em nível de temperamento ou de caráter).⁴⁴¹

De qualquer forma, é imprescindível que o magistrado ao considerar negativamente a personalidade do agente, para fins de fixação da pena-base, assim o faça motivadamente, demonstrando por que entendeu que o infrator possui má personalidade.⁴⁴²

Deste modo, não havendo, nos autos, elementos⁴⁴³ 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 elevação da pena relativo a ela. Melhor será reconhecer a carência de

⁴³⁹ Op. cit., p. 207.

⁴⁴⁰ Não restam dúvidas que se torna uma tarefa impossível, ou melhor, tecnicamente inviável e perigosa. Diante disso, a análise dessa circunstância atualmente se revela como sendo de alta complexidade, ao tempo em que defendemos inclusive a impossibilidade de ser atribuída tal tarefa tão somente ao julgador, por não estar afeta à sua seara de atuação, por não estar habilitado tecnicamente a proceder a melhor análise e valoração.

⁴⁴¹ BOSCHI, José Antonio Paganella. Op. cit., p. 207.

⁴⁴² SILVA, Jorge Vicente. Op. cit., p. 255.

⁴⁴³ Na maioria das vezes 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.

elementos, ou a própria inaptidão profissional, do que acabar agravando a pena do sentenciado por uma valoração equivocada, pobre de provas ou injusta.⁴⁴⁴

Mario Helton Jorge, ao tratar do tema, igualmente conclui que diante da complexidade da avaliação dessa circunstância, parece ser bem razoável ao magistrado deixar de valorá-la, tendo em vista a ausência de elementos suficientes, nos autos, para o exame da personalidade, ou, ainda, declarar a sua própria inaptidão profissional, do que acabar exacerbando a pena do sentenciado por uma valoração equivocada.

Nesse sentido, é que o jurista bem se posiciona acerca do assunto demonstrando com muita propriedade alguns erros, ou defeitos, constatáveis no exame da circunstância da personalidade:

- 5.4.1.1. ausência de fundamentação: não se faz qualquer referência à personalidade; isto é, ignora o exame da circunstância;
- 5.4.1.2. fundamentação vaga: afirmação de “personalidade deformada”, “alta periculosidade”, sem demonstração de qualquer elemento concreto, extraído dos autos, que a justifique;
- 5.4.1.3. personalidade voltada à prática de delitos: afirmação sem elementos concretos, de forma vaga;
- 5.4.1.4. equiparação de igualdade da personalidade quando existe pluralidade de agentes: a personalidade do agente é característica individual, sendo, praticamente, impossível, repetir-se, identicamente, em terceiros, de igual forma e intensidade;
- 5.4.1.5. personalidade hereditária: a personalidade do agente não pode ser equiparada ao dos ancestrais do réu ou do agrupamento social do qual participa, em face da individualidade dos caracteres;
- 5.4.1.6. 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: não se deve utilizar fatos que já foram valorados, negativamente, em outra circunstância judicial, para não incidir em bis in idem, ou ainda, afirmar-se da existência de personalidade deturpada em razão da reiteração criminosa, quando houver aumento de pena relativo ao crime continuado, para não incidir em bis in idem.⁴⁴⁵

⁴⁴⁴ COLLE, Juliana de Andrade. Op. cit.

⁴⁴⁵ JORGE, Mário Helton. Op. cit.

Por fim, conclui-se que o juiz não tem condições de avaliar cientificamente a personalidade do criminoso, tendo em vista que não tem um caráter técnico-profissional necessário para tal análise.

6.3.2.5 Os motivos do crime

A palavra motivo deriva do latim *motivu*, no sentido de motor, mover, impulsionar.⁴⁴⁶

No dizer de Gilberto Ferreira, motivo⁴⁴⁷ “é o fator último que desencadeia a ação criminosa, de modo que se pode afirmar não existir crime sem motivo”.⁴⁴⁸

Nada mais é do que o “porquê” da ação delituosa. São as razões que moveram o agente a cometer o crime.⁴⁴⁹ Em tese, todo o crime possui um motivo. É um fator íntimo que desencadeia a ação criminosa (honra, moral, inveja, cobiça, futilidade, torpeza, amor, luxúria, malvadez, gratidão, prepotência etc.).⁴⁵⁰ Devem ser valorados tão somente os motivos que extrapolem os previstos no próprio tipo penal⁴⁵¹, sob pena de se incorrer em *bis in idem*.⁴⁵²

⁴⁴⁶ FERREIRA, Gilberto. Op. cit., p. 90.

⁴⁴⁷ Para Guilherme de Souza Nucci motivo é a razão de ser de alguma coisa, a causa ou fundamento de sua existência, podendo ser utilizado ainda o termo com o sentido de finalidade e objetivo. Continuando o autor ensina que no disposto no artigo 59 do Código Penal a palavra motivos indica um conjunto de situações psíquicas, que faz alguém agir criminosamente. Afinal, o motivo é fator qualificativo da vontade humana. Op. cit., p. 198.

⁴⁴⁸ FERREIRA, Gilberto. Op. cit., p. 90.

⁴⁴⁹ SCHMITT, Ricardo Augusto. Op. cit., p. 70.

⁴⁵⁰ Ao praticar um delito, o agente pode estar movido por uma imensa variedade de propósitos, ou seja, os motivos que levou o agente a praticar o crime, sendo alguns mais reprováveis que outros. SCHMITT, Ricardo Augusto. Op. cit., p. 70.

⁴⁵¹ São os antecedentes causais de caráter psicológico da ação, como o egoísmo, a ganância, o lucro fácil, o ciúme, a paixão, o sadismo etc. Não podem, no entanto, ser confundidos com os previstos nos arts. 61 e 65 do CP.

⁴⁵² SCHMITT, Ricardo Augusto. Op. cit., p. 70.

Assim sendo, por ser justamente o fator último que desencadeia a ação criminosa, o motivo é de suma importância, na valoração do grau de culpabilidade. Dependendo do motivo, a conduta será mais ou menos reprovável e indicará qual a quantidade de pena que deve receber o réu, tendo em vista os fins de prevenção e reprovação preconizados pelo legislador.⁴⁵³

Nesse sentido, também entende, Juliana de Andrade Colle, quando assevera que não há dúvidas de que, conforme a motivação que levou o agente a delinquir, sua conduta poderá ser bem mais ou bem menos reprovável.⁴⁵⁴ E, salienta que não existe conduta humana desprovida de motivos. Se fosse possível, na prática forense, encontrar um caso de crime sem motivo, dever-se-ia desconfiar das faculdades mentais do acusado.

Nélson Hungria, citado por Gilberto Ferreira⁴⁵⁵, indica alguns dos motivos que devem ser analisados nesta fase:

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 malvadez, a improbidade, a luxúria, a cobiça, a 'auri sacra fames', o espírito de vingança, a empolgadura de vícios.⁴⁵⁶

⁴⁵³ FERREIRA, Gilberto. Op. cit., p. 90-91.

⁴⁵⁴ Tal posicionamento é bem elucidado pela Professora Juliana Colle que nos diz que "Não há dúvidas de que, conforme a motivação que levou o agente a delinquir, sua conduta poderá ser bem mais ou bem menos reprovável", pois aquele 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 seja por inveja ou por mera vingança. Existe ainda o médico que facilita a morte do paciente, diante de seu desmedido e incombustível sofrimento, possui motivo menos reprovável do que o agente que mata o irmão, para que seja o único sucessor do patrimônio do ascendente. Op. cit.

⁴⁵⁵ HUNGRIA, Nelson *apud* FERREIRA, Gilberto, 2004, p. 91.

⁴⁵⁶ *Idem.*

Quanto a análise dessa circunstância judicial, o magistrado deve investigar qual é a natureza e a qualidade dos motivos, que levaram o agente a praticar a infração penal, pois aqui não se está analisando a intensidade de dolo ou culpa, mas descobrindo se a qualidade da motivação do agir do agente merece mais ou menos reprovação.⁴⁵⁷

Porque, dependendo das circunstâncias, se presta, ora a elevar sensivelmente a pena, alterando em agravante ou qualificadora do crime, ora a minorá-la, quando se transforma em atenuante ou em causa especial de redução.⁴⁵⁸

Nesse sentido, se o motivo do crime constituir qualificadora, causa de aumento ou diminuição de pena ou, ainda, agravante ou atenuante genérica, não poderá ser considerado como circunstância judicial, para evitar o “*bis in idem*” (dupla exasperação pela mesma circunstância).⁴⁵⁹

Para Juliana de Andrade Colle⁴⁶⁰, o motivo da infração, assim como as demais circunstâncias judiciais, não podem ser valorados negativamente, quando integrarem a definição típica, nem quando caracterizar circunstância agravante, ou causa especial de aumento de pena. Da mesma forma, quando o motivo do agente é o normal à espécie delitiva, 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.⁴⁶¹ Os motivos diversos dos normais à espécie delitiva, portanto, é que devem ser valorados pelo Magistrado.

⁴⁵⁷ COLLE, Juliana de Andrade. Op. cit.

⁴⁵⁸ FERREIRA, Gilberto. Op. cit., p. 91.

⁴⁵⁹ *Idem*.

⁴⁶⁰ Op. cit.

⁴⁶¹ Exemplificando: num caso de furto praticado pelo desejo de obtenção de lucro fácil, o Juiz deve entender pelo não recrudescimento da pena em razão desta circunstância judicial, pois, freqüentemente, este é o motivo dos

Assim, o Juiz deve tomar cuidado, ao auferir este referencial, para não incidir em dupla valoração (*bis in idem*), porque nas hipóteses em que os motivos caracterizam circunstâncias atenuantes e agravantes, causas de aumento ou diminuição de pena ou ainda qualificadoras, há prevalência destas sobre aquelas, daquelas sobre as atenuantes e agravantes, e estas sobre as circunstâncias judiciais no momento da fixação da pena.

Com relação a este assunto, a doutrinadora Juliana de Andrade Colle, com muita propriedade, demonstra alguns exemplos:

O motivo fútil e o motivo torpe, por exemplo, aparecem como agravante genérica no art. 61, inciso II, alínea *a*, do Código Penal. Portanto, se o motivo do agente, ao cometer uma infração, foi fútil ou torpe, não poderá sopesá-lo o Magistrado como circunstância judicial desfavorável, haja vista que é agravante, portanto, computada apenas na segunda fase da dosimetria. Da mesma forma, se o crime cometido por motivo torpe ou fútil for o homicídio, a motivação caracterizará qualificadora, prevista no art. 121, §2º, inciso I ou II, respectivamente, do Código Penal, não podendo, também, ser valorada como circunstância judicial negativa. É possível, ainda, citar o exemplo do motivo de relevante valor social ou moral que, em regra, será atenuante (art. 65, III, alínea *a*, do Código Penal); e, excepcionalmente, poderá caracterizar causa de diminuição da pena no crime de homicídio (art. 121, §1º, do CP) e de lesão corporal (art. 129, §4º, do mesmo *codex*). Nestes casos, por evidente, a motivação jamais poderá ser valorada em desfavor do condenado.⁴⁶²

Mario Helton Jorge⁴⁶³, igualmente, ensina que se deve agir com cautela para, no exame dos motivos, não incorrer em dupla valoração (*bis in idem*) e aponta alguns erros ou defeitos constatáveis no exame da circunstância da motivação:

5.5.1.1. ausência de fundamentação: não se faz qualquer referência aos motivos;

crimes de furto (assim como a satisfação da lascívia, nos crimes de estupro; o enriquecimento, nos crimes fiscais...).

⁴⁶² Op. cit.

⁴⁶³ Op. cit.

5.5.1.2. fundamentação vaga: afirmação de determinado motivo, sem demonstração de qualquer elemento concreto extraído para comprová-lo: “o réu agiu por motivo fútil” (qual é o dado concreto?);

5.5.1.3. motivo normal à espécie de delito: ausência de relação fática (o por quê);

5.5.1.4. quando o motivo integrar a definição típica, circunstância agravante ou causa especial de aumento de pena: “a circunstância é desfavorável porque o motivo do crime foi por vingança...”. Não se deve valer de fatos que já foram utilizados na valoração negativa de outra circunstância judicial, para não incidir em bis in idem, mesmo porque devem ser valorados, nas fases próprias; a qualificadora, por exemplo, quando única, já tem a sua dose de pena no próprio tipo penal; “motivo normal à espécie”: não pode ser valorado negativamente, tendo em vista que já possui a censura, prevista no próprio tipo penal considerado. Toda conduta criminal é motivada, porquanto ninguém furta por furto, pois do nada surgiria um impulso capaz de levar o agente a subtrair algo de alguém. Certo é que, na figura básica do delito, o legislador ao estabelecer um patamar mínimo de pena já levou em conta a motivação, sem, contudo, destacá-la, tal como o faz, quando dá relevância, no tipo penal dessas circunstâncias. Na hipótese “o furto foi praticado pelo desejo de obtenção de lucro fácil” não se deve elevar a pena em razão dessa circunstância judicial, pois, freqüentemente, este é o motivo dos crimes de furto (assim como a satisfação da lascívia, nos crimes de estupro; o enriquecimento, nos crimes fiscais...) ⁴⁶⁴

6.3.2.6 As circunstâncias do crime

As circunstâncias do crime são como este ocorreu, podendo o Juiz levar em conta o tempo de execução, o lugar em que foi cometido, a forma com que o agente tratou as vítimas, entre outras. ⁴⁶⁵

São os elementos acidentais que não participam da estrutura própria do tipo — circunstâncias agravantes e atenuantes, previstas nos arts. 61, 62, 65 e 66 do CP—, mas originam-se do próprio fato delituoso, como, por exemplo, a forma e a natureza da ação e os meios utilizados (objeto, tempo, lugar, forma de execução etc.). ⁴⁶⁶

Por circunstâncias, Gilberto Ferreira entende que são todos aqueles dados que se encontram ao redor da figura típica e que servem para atenuar ou agravar a pena. O

⁴⁶⁴ *Idem.*

⁴⁶⁵ GOMES, Eduardo Caetano. Op. cit.

⁴⁶⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. Op. cit., p. 204.

legislador se encarregou, de valorizar, previamente, as circunstâncias de modo que as classificou em circunstâncias judiciais (previstas, em sentido lato, no artigo 59), legais (agravantes e atenuantes – artigos. 61, 62 e 65) causas especiais de aumento ou de diminuição (previstas na parte geral e especial) e qualificadoras (previstas somente na parte especial).

Esclarece, ainda, Gilberto Ferreira que as circunstâncias, a que se refere o artigo 59, são justamente aquelas que não receberam valoração mais graduada, nem foram elevadas à categoria de circunstâncias legais, causas especiais de aumento e de diminuição e qualificadoras, significando dizer que as demais excluem esta, devendo o Juiz apreciá-las, somente, quando não for possível considerar as outras.⁴⁶⁷

A doutrinadora Juliana de Andrade Colle⁴⁶⁸, também, assevera 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.⁴⁶⁹

Prosseguindo, o jurista Gilberto Ferreira⁴⁷⁰ ensina que, na análise dessa circunstância, o que importa é o lugar em que o crime ocorreu, a maneira como ele foi executado e o tempo de sua duração, o relacionamento entre réu e vítima, a maior ou menor insensibilidade do agente, o seu arrependimento.

No mesmo sentido, Alberto Silva Franco⁴⁷¹ sugere que, na análise das circunstâncias do delito, o Magistrado deve observar: "o lugar do crime, o tempo de

⁴⁶⁷ Op. cit., p. 92.

⁴⁶⁸ Op. cit.

⁴⁶⁹ Assim, o número de tiros ou golpes de faca, no homicídio simples, pode ser avaliado como circunstância. Já, o fato de o agente ter assassinado a vítima com o emprego de veneno, não; pois configura qualificadora do crime nos termos do art. 121, §2º, III, do CP.

⁴⁷⁰ Op. cit., p. 92.

⁴⁷¹ FRANCO, Alberto Silva *apud* COLLE, Juliana de Andrade. Op. cit..

sua duração, o relacionamento existente entre autor e vítima, a atitude assumida pelo delinqüente no decorrer da realização do fato criminoso", para, só assim, poder sopesar a quantificação da pena, acerca desta circunstância judicial.⁴⁷²

Por fim, cabe ressaltar o ensinamento da doutrinadora de Juliana Colle que entende que não basta, que a circunstância não esteja prevista na lei. Ela deve ser relevante e indicar uma maior censurabilidade à conduta praticada pelo condenado. É imprescindível que se demonstre precisamente os fatos concretos, provados nos autos, que caracterizem as circunstâncias do crime, valoradas positiva ou negativamente. Uma vez que a sentença que não fundamenta a 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.⁴⁷³

Nesse sentido, o jurista Mario Helton Jorge aponta alguns erros, ou defeitos, constatáveis no exame das circunstâncias do crime, que levam também a nulidade da sentença:

5.6.1.1. ausência de fundamentação: não se faz qualquer referência à circunstância;

5.6.1.2. insuficiência de fundamentação: "a circunstância não desfavorece ao réu"; "agiu de modo bárbaro", "agiu com exagero". Constata-se que inexistente qualquer relação fática que justifique a afirmativa;

5.6.1.3. bis in idem: valoram-se as circunstâncias que integram o tipo ou qualificam o crime (assassinato da vítima, com o emprego de veneno, configura qualificadora do crime nos termos do art. 121, §2º, III, do CP); "as circunstâncias foram aptas a ludibriar a boa-fé da vítima, que realizou a venda para o réu acreditando que iria receber a contraprestação devida" (estelionato); ou, ainda, caracterizam agravante ou causa especial de aumento de pena, ou valoram-se fora das fases corretas as agravantes (2ª fase) e as causas de aumento (3ª fase). Por exemplo: "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

⁴⁷² Com embasamento 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 delitativa do que aquele que comemorou o evento embriagando-se. TRISTÃO, Adalberto Dias *apud* COLLE, Juliana de Andrade. Op.cit.

⁴⁷³ Op. cit.

podem ser consideradas para aumentar a pena-base, pois se encontram ínsitas ao próprio tipo penal”.⁴⁷⁴

6.3.2.7 As conseqüências do crime⁴⁷⁵

Aqui, deve ser feita a análise do grau de dano decorrente da ação delituosa exercitada, bem como dos reflexos sociais (irradiação do resultado), que não precisam ser típicos do crime.⁴⁷⁶

Para Ruy Rosado de Aguiar Júnior⁴⁷⁷ as conseqüências do crime podem variar, substancialmente, sem modificar a natureza do resultado, ainda que este integre o tipo. Sob esse tópico, é comum distinguir entre a tentativa de homicídio, com lesão qualificada, que tem conseqüências graves, e a tentativa branca, quando o disparo não atinge a vítima, embora os dois crimes realizem o mesmo tipo e tenham os mesmos limites de pena; também o furto de pequena quantia de quem pouco possui, ou de quem necessitava do numerário para a aquisição de remédios, etc.

Na lição de Nelson Hungria, as conseqüências do crime são “a maior ou menor gravidade o dano, ou perigo de dano, ocasionado à vítima e o maior ou menor alarde social provocado”.⁴⁷⁸

Para Gilberto Ferreira⁴⁷⁹, o dano causado pela infração penal pode ser material ou moral. Será material quando causar diminuição no patrimônio da vítima, sendo suscetível de avaliação econômica. Já, o dano moral implicará dor, abrangendo tanto

⁴⁷⁴ Op. cit.

⁴⁷⁵ As conseqüências do crime são extremamente desastrosas, porquanto as atitudes do acusado e seus mandatários levaram deste mundo vítimas inocentes, que o destino reservou incrédulo para as atitudes do pobre de espírito do réu. (TJSC — Apelação Criminal n. 96.008689-7, de São Carlos. Relator Álvaro Wandelli.)

⁴⁷⁶ GOMES, Eduardo Caetano. Op. cit.

⁴⁷⁷ Op. cit.

⁴⁷⁸ HUNGRIA, Nelson *apud* SILVA, Jorge Vicente, 2003, p. 258.

⁴⁷⁹ Op. cit., p. 93.

os sofrimentos físicos, quanto os morais. Assim sendo, a análise dessa circunstância judicial necessita que o magistrado avalie o maior ou o menor grau de intensidade da lesão jurídica causada à vítima ou a seus familiares.

No exame das conseqüências da infração penal, a doutrinadora Juliana de Andrade Colle⁴⁸⁰, do mesmo modo, entende que o Juiz deve avaliar a maior ou menor intensidade da lesão jurídica causada à vítima ou a seus familiares. Acrescenta, ainda, que o magistrado, ao fixar a pena-base, levar em consideração essas conseqüências, extrapenais, projetando os efeitos da conduta delituosa além do ilícito penal, ou melhor, transcendendo os elementos do tipo, evitando, assim, a dupla valoração.

Então, com muita propriedade, é que a doutrinadora exemplifica a valoração das conseqüências do crime e diz que 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.⁴⁸¹

Prosseguindo, a autora assevera que o Magistrado não pode simplesmente, utilizar-se de singelos argumentos, como, por exemplo, a ocorrência de "conseqüências de monta". Deve sim fundamentar a análise das conseqüências, embasando sua valoração em fatos concretos e provados (não presumidos) nos autos.⁴⁸²

Contemplando o mesmo entendimento, o jurista Mario Helton Jorge demonstra alguns erros ou defeitos constatáveis no exame da circunstância das conseqüências:

⁴⁸⁰ Op. cit.

⁴⁸¹ *Idem.*

⁴⁸² *Idem.*

- 5.7.1.1. ausência de fundamentação: não se faz referência à circunstância;
- 5.7.1.2. insuficiência de fundamentação: “a circunstância não desfavoreceu ao réu”; “a vítima sofreu prejuízo de monta...” , pois constata-se que inexistem qualquer relação fática que justifique as afirmativas;
- 5.7.1.3. bis in idem: valoram-se as circunstâncias que integram o tipo ou qualificam o crime: “as conseqüências foram graves, porque a vítima perdeu a vida”; “ a vítima não recuperou a res furtiva, ficando no prejuízo”; “ a vítima sofreu prejuízos de grande monta”.⁴⁸³

6.3.2.8 O comportamento da vítima⁴⁸⁴

O comportamento da vítima é um fator determinante da criminalidade, pois muitas vezes ele contribui, direta ou indiretamente, para o encaminhamento do crime, embora não justifique a ação delituosa, nem isente o delinqüente.

Ao contrário das demais circunstâncias, esta quando presente, não eleva a carga punitiva do réu, uma vez que evidencia que, de alguma forma, a vítima contribuiu para a conduta criminosa, não que isto isente o acusado de culpa, mas sem dúvida nenhuma, diminui a reprimenda, na medida em que divide a responsabilidade por seu ato com a vítima.

A importância atribuída ao comportamento da vítima decorre dos estudos de vitimologia.⁴⁸⁵

⁴⁸³ Op. cit.

⁴⁸⁴ Analisando-se a sentença condenatória, vê-se que foram bem apreciadas as circunstâncias judiciais, de acordo com o art. 59 do Código Penal, salvo quanto ao comportamento da vítima que, ingênua, contribuiu, até certo ponto, para a conduta do acusado, quando, na realidade, pode-se nela encontrar também uma certa torpeza, na medida em que procedeu a longa viagem unicamente na busca de lucro aparentemente fácil e inesperado. (TJSC — Apelação Criminal n. 96.006655-1, de Balneário Camboriú. Relator Nilton Macedo Machado)

⁴⁸⁵ Vitimologia ciência pertencente à Criminologia que estuda o comportamento da vítima e qual a relevância desse comportamento para que ocorra o injusto penal, e com a reforma do código penal, passou-se, assim, a dar maior valor à individualização de cada circunstancia judicial na dosimetria do apenamento básico. BOSCHI, José Antonio Paganella. Op. cit., p. 217.

Com a reforma da Parte Geral do Código trazida pela Lei 7.209/84, a circunstância judicial passou a integrar como um dos elementos para a fixação da pena-base.⁴⁸⁶

Estudos de vitimologia demonstram que, muitas vezes, as vítimas interferem decisivamente na consecução do crime. Esses comportamentos são, não raro, verdadeiros fatores criminógenos, que não justificam o delito, mas o incentivam. É o que acontece nos furtos de ocasião, ou seja, aquele cidadão que deixa o carro aberto, com a chave na ignição, enquanto vai comprar cigarros, está favorecendo a atitude criminosa.⁴⁸⁷

Por exemplo, 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 que enfraqueceu a sua determinação de agir conforme o Direito. Logo, por conseqüência, 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.⁴⁸⁸

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.

⁴⁸⁶ COLLE, Juliana de Andrade. Op. cit.

⁴⁸⁷ *Idem.*

⁴⁸⁸ BOSCHI, José Antonio Paganella. Op. cit., p. 217.

Por fim, deverá o juiz analisar, também, o comportamento da vítima. Trata-se, evidentemente, de conduta ativa por parte da vítima que induz o réu à prática do crime. Não justifica a diminuição de pena nos crimes contra os costumes a mera roupa provocante com a qual desfila a moça, em local ermo, pois ninguém é obrigado a trajar-se com recato. Por outro lado, a moça que aceita ir a um motel com um rapaz e lá, após as tradicionais preliminares, desiste da cópula, no último momento, certamente contribui com seu comportamento, para a prática de estupro naquele momento. A clara diferença entre os dois comportamentos das vítimas está na absoluta passividade do primeiro e na atividade do segundo.⁴⁸⁹

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

Durante a técnica de valoração da última circunstância judicial, é necessário saber em que medida e de que maneira a vítima, com a sua atuação, contribuiu para a prática da conduta delituosa. Não se trata da justificação do ilícito penal, mas não resta dúvida de que, em alguns casos, a vítima, com suas atitudes, contribui com o agir criminoso, resultando, assim, numa valoração favorável dessa circunstância em favor do acusado.⁴⁹⁰

⁴⁸⁹ VIANNA, Túlio Lima. Op. cit.

⁴⁹⁰ TRF da 4ª Região, 2ª Turma, Apelação Criminal nº 9404572004/RS, Rel. Juíza Federal Tânia Terezinha Cardoso Escobar, DJU 30/04/1997

7 CRITÉRIOS A SEREM CONSIDERADOS PARA A FIXAÇÃO DA PENA-BASE

Todo delito sempre é sancionado com determinada pena em abstrato, sendo estabelecido um limite mínimo e outro máximo previstos no preceito secundário do tipo (art. 53 do Código Penal).⁴⁹¹

Deste modo, inclusive por expressa disposição legal do artigo 59 do Código Penal, a pena-base deverá ser fixada entre os limites previstos na cominação em abstrato, para o tipo penal específico, não podendo ser fixada nem aquém e nem além dos parâmetros previamente dispostos no dispositivo legal.⁴⁹²

Quanto ao cálculo para fixação da pena-base, está diretamente ligado à análise das circunstâncias judiciais já estudadas, as quais estão previstas no artigo 59, do Código Penal (culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos, circunstâncias, conseqüências do crime e comportamento da vítima, além da necessidade e suficiência para reprovação e prevenção do crime)⁴⁹³, e que nada mais é do a primeira fase da aplicação da pena, seguindo é claro o critério trifásico.

O Código Penal, ao definir que as circunstâncias, enumeradas em seu artigo 59, devem ser consideradas pelo julgador, no momento da fixação da pena, o fez como garantia própria do réu (princípio da individualização da pena), como meio para que o magistrado, por intermédio da análise daqueles critérios, possa ter melhor condição de proferir uma decisão justa, isto é, tratando os iguais igualmente e os desiguais desigualmente.

⁴⁹¹ CARVALHO NETO, Inácio de. Op. cit., p. 83.

⁴⁹² SCHMITT, Ricardo Augusto. Op. cit., p. 75.

⁴⁹³ SILVA, Jorge Vicente. Op. cit., p. 240.

As oito circunstâncias apontadas pelo legislador são denominadas de judiciais por serem de apreciação exclusiva do juiz, que usará de seu poder discricionário na avaliação de cada uma delas.

Neste tópico Gilberto Ferreira esclarece:

As circunstâncias judiciais são assim chamadas porque o seu reconhecimento depende do arbítrio do juiz, diferentemente das circunstâncias legais, que não obrigatórias. Na verdade, o reconhecimento das circunstâncias judiciais não é assim tão facultativo como se tem apregoado na doutrina. Se elas existem, o juiz tem de reconhecê-las em obediências ao princípio constitucional da individualização.⁴⁹⁴

Cumprir observar que a referida discricionariedade do magistrado ao realizar a dosimetria da pena esta deve ser orientada mediante uma motivação idônea e quando a pena-base tiver que ser exasperada, no mínimo legal, não pode o julgador se furtar em demonstrar concretamente as razões que o levaram à adoção da medida.⁴⁹⁵ Para tanto, deve ter sempre como parâmetro a necessidade, ou não, de uma maior reprovação da conduta do agente.⁴⁹⁶

Os tribunais percebendo o amplo poder discricionário dado ao magistrado pelo legislador ao apontar as oito circunstâncias judiciais e ao declarar que o estabelecimento da pena-base deve atender aos critérios de necessidade e suficiência, resolveram editar precedentes que acabaram por se transformar em importantes regras de orientação, iluminando o caminho para prevenir abusos, evitar excessos, resguardar

⁴⁹⁴ Op. cit., p. 70.

⁴⁹⁵ “(...) não obstante a existência de certa discricionariedade na dosimetria da pena, relativamente à exasperação da pena-base, é indispensável a sua fundamentação, com base em dados concretos e em eventuais circunstâncias desfavoráveis do art. 59 do Código Penal (...)” (STJ, RHC 19390/SP, Rel. Min. Gilson Dipp, 5ª Turma, j. em 12.08.06, p. 462)

⁴⁹⁶ SCHMITT, Ricardo Augusto. Op. cit., p. 75.

a segurança jurídica e assegurar as partes condições efetivas de questionar os julgados.⁴⁹⁷

Assim, como a jurisprudência, a doutrina também teceu comentários para nortear uma motivação idônea⁴⁹⁸ com relação ao poder discricionário do magistrado. Nesse sentido a doutrinadora Ada Pellegrini Grinover enfoca três justificativas ao dever de motivar: a primeira, como garantia da imparcialidade do magistrado; a segunda como ferramenta para verificar se a decisão atendeu à legalidade, e; finalmente para constatação pelas partes, de quais argumentos e provas utilizou-se o Juiz para rematar o caso.⁴⁹⁹

Gilberto Ferreira acrescenta uma quarta, e não menos importante razão de minuciosa exposição do raciocínio lógico percorrido pelo sancionador, relacionada à mensuração da pena, reportar ao sentenciado e ao Tribunal, no caso de reapreciação da matéria, qual a exata quantidade de pena empregada a cada circunstância.⁵⁰⁰

O jurista Mario Helton Jorge, igualmente, entende, que o juízo da aplicação da pena deve ser motivado; isto quer dizer que o julgador deve sempre indicar com a suficiente clareza os motivos em que se funda a sua decisão, pois só assim o acusado pode exercer o seu direito de impugnação, pelos meios disponíveis. A motivação – exigência formal do ato decisório - constitui-se como elemento que dá a transparência da justiça, inerente aos atos decisórios dos órgãos jurisdicionais, além de assegurar o respeito efetivo ao princípio da legalidade. No entanto, de se destacar que inexistente um

⁴⁹⁷ BOSCHI, José Antonio Paganella. Op. cit., p. 218.

⁴⁹⁸ Para o doutrinador Mario Helton Jorge “a aplicação motivada da pena, em cumprimento ao princípio da individualização da sanção penal, como consequência automática do juízo condenatório, é, das etapas da sentença, a que se reveste de extrema dificuldade pela complexidade da verificação e da constatação concreta de seus elementos, mister a pena-base, em face das circunstâncias judiciais.” Op. cit.

⁴⁹⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. Op. cit., p. 212.

⁵⁰⁰ Op. cit., p. 66.

critério seguro e infalível para se afirmar da efetividade da motivação, apto a resolver todas as questões.⁵⁰¹

Com muita propriedade, Guilherme de Souza Nucci enfatiza que o Juiz está preso aos parâmetros legais⁵⁰² e dentre eles pode eleger suas opções, para alcançar uma aplicação justa da lei penal, acolhendo às exigências da espécie concreta, isto é, as suas singularidades, as suas nuances objetivas e principalmente à pessoa a quem a punição se destina.⁵⁰³ Todavia, visando evitar a imparcialidade do julgador, ou a impossibilidade, mesmo que inconsciente, de se neutralizar das suas experiências e preconceitos pessoais, o livre convencimento do julgador deve ser vigiado, ou melhor, controlado a partir da exigência constitucional da fundamentação de suas decisões (art. 93, IX, CR/88).⁵⁰⁴

Diante disso, percebe-se que é imprescindível a fundamentação, embora se reconheça que existe certa discricionariedade na dosimetria da pena, relativamente à exasperação da pena-base. Desta forma, a pena-base não pode ser estabelecida acima do mínimo legal, com supedâneo em referências vagas e dados não explicitados. A elevação exige motivação clara e concreta.⁵⁰⁵

⁵⁰¹ Op. cit.

⁵⁰² Corroborando com esse pensamento o jurista Mario Helton Jorge ensina que: “A doutrina é unânime ao afirmar que a fixação da pena fica ao prudente arbítrio do julgador, com a qual não concordo, pois não pode ficar sob a sua apreciação subjetiva pura e simples, embora se admita certa dose de discricionariedade, na prática do ato, porquanto existem parâmetros a serem observados”. Op. cit.

⁵⁰³ NUCCI, Guilherme de Souza. Op. cit., p. 161.

⁵⁰⁴ “Art. 93, 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 casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;” (Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.)

⁵⁰⁵ “(...) não pode o magistrado sentenciante majorar a pena-base fundando-se, tão somente, em referências vagas, sem a indicação de qualquer circunstância concreta que justifique o aumento, além das próprias elementares comuns ao tipo. (...)” (STJ, HC, 50466/RJ, Rel. Min. Laurita Vaz, 5ª Turma, j. em 04.05.06, DJ. De 19.06.06, p. 161)

Por sua vez, sabe-se ser necessária e concreta a apreciação individual de cada uma das circunstâncias judiciais, as quais podem restar valoradas, ou não, de acordo com a situação concreta a ser evidenciada.

Assim, não se pode confundir reconhecimento da circunstância com valoração, ou seja, as circunstâncias judiciais devem ser analisadas de forma individual, podendo ser favoráveis ou desfavoráveis ao réu, ou ainda restarem neutralizadas ou inaplicáveis por impossibilidade de valoração.

Portanto, o juiz quando finalizar a análise das circunstâncias do artigo 59 deverá manifestar-se esclarecendo a quantidade de pena que utilizou em relação a cada circunstância da seguinte maneira:

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 circunstância. Não basta dizer genericamente que levando em consideração tais e tais circunstâncias fixou a pena-base em tanto. É necessário que a proceda mais ou menos, assim:

Esclareço que para a fixação da pena-base procedi da seguinte forma: parti do termo mínimo, que na espécie era de três meses. A ele acresci três meses, em virtude do elevado grau de reprovação da conduta. Acresci mais um mês por possuir o réu péssimos antecedentes, ficando a pena em sete meses. Considerando o comportamento da vítima, que contribuiu intensamente para a eclosão dos acontecimentos, reduzi três meses, quedando-se a pena-base, portanto, em quatro meses...⁵⁰⁶

O jurista Mário Helton Jorge, com relação este assunto escreveu um artigo, no qual salienta não bastar a indicação da existência da circunstância, mas sim conectá-la aos fatos provados. As fórmulas vazias, estereotipadas de “personalidade, motivo, circunstâncias e conseqüências normais para a espécie”, denotam a má instrução do

⁵⁰⁶ FERREIRA, Gilberto. Op. cit. p. 263-264.

processo e uma via fraudulenta de um dos mais significativos atos processuais da individualização da pena, devendo ser banidas da prática processual penal.⁵⁰⁷

Mesmo em situações nas quais todas as circunstâncias sejam favoráveis ao réu e a pena-base fixada no mínimo legal, o dever de fundamentar se impõe, em respeito ao direito do órgão acusador tomar ciência do entendimento do julgador, para eventual pedido de impugnação da sentença⁵⁰⁸, contrário à jurisprudência⁵⁰⁹ dominante, que considera irrelevante a ausência de fundamentos, pois na falta destes presumem-se positivas todas as circunstâncias, não resultando desvantagem ao réu. Negligencia-se o princípio do devido processo legal da motivação e, conseqüentemente, o do duplo grau de jurisdição, que devem informar a melhor prestação jurisdicional, independentemente quando invocado a favor do acusado, ou não.⁵¹⁰

Concluindo, o doutrinador menciona que a falta de apresentação de qualquer justificação como a fundamentação incompleta, não dialética, contraditória, incongruente ou sem correspondência com o que consta dos autos, em relação à aplicação da pena, devem levar ao reconhecimento da nulidade da própria sentença condenatória, pois na verdade é a motivação desta que estará incompleta, na medida em que um dos pontos sobre o qual deveria versar não ficou devidamente fundamentado.

⁵⁰⁷ JORGE, Mário Helton. Direito Penal: A Quantificação da Pena em Face das Circunstâncias. **Revista dos Tribunais**_Curitiba, v. 825, p. 435-441, jul. 2004, p. 439.

⁵⁰⁸ *Idem.*

⁵⁰⁹ O Supremo Tribunal Federal, já entendeu ser desnecessária, também, a fundamentação; tal como: “se todas forem favoráveis deve ficar no mínimo legal (jurisprudência), sendo desnecessária segundo o entendimento da doutrina e da jurisprudência a fundamentação do *quantum* da dosagem” (STF - RT 675/447, RT 641/378 e STJ - RT 717/456).

⁵¹⁰ *Idem.*

7.1 Elementos norteadores para fixação da quantidade da pena

Percebe-se que não é difícil a tarefa de se estabelecer conceitos sobre cada uma das circunstâncias judiciais. Na verdade, o que se mostra árdua é a necessidade de se estabelecer critérios para a fixação da pena-base, a partir da valoração de cada uma dessas circunstâncias. Sem dúvida, este é o ponto crucial, visto que o magistrado exercerá seu poder discricionário, na análise de cada uma das circunstâncias judiciais. Cabe ressaltar que essa tarefa é reservada estritamente ao campo subjetivo do juiz.

Não se pode formatar ou criar uma fórmula, uma vez que a fixação da pena-base não pode resultar de uma simples operação matemática⁵¹¹, pois não se trata de uma ciência exata.⁵¹² Se faz imperioso que as partes (Réu, Ministério Público, querelante) tomem conhecimento dos critérios que o juiz se utilizou para fixá-la, o direito de saber qual o método que o magistrado elegeu para chegar à pena-base fixada.

A fixação da quantidade da pena é feita, a partir do mínimo legal previsto no tipo penal somada a análise das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, de acordo com as circunstâncias judiciais nele elencadas e já estudadas (culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos, circunstâncias, conseqüências do crime e comportamento da vítima, além da necessidade e suficiência para reprovação e prevenção do crime).⁵¹³

⁵¹¹ Gilberto Ferreira concorda que a pena não é uma mera operação aritmética, contudo, afirma que se pode usá-la para atribuir a cada circunstância um grau de pena, sem que este (cálculo) apareça expresso na sentença.

⁵¹² SCHMITT, Ricardo Augusto. Op. cit., p. 78.

⁵¹³ SILVA, Jorge Vicente. Op. cit., p. 240.

Para Jorge Vicente Silva, a fixação da pena-base será determinada a partir do mínimo legal somada à análise das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal. Porém, apenas o inciso II, deste artigo, diz respeito à fixação da pena-base, dentro dos limites legais, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, etc. Os demais incisos não dizem respeito à pena-base, mas sim, serem apreciados posteriormente, em etapa própria.⁵¹⁴

Assim sendo, a pena-base possui um limite mínimo e máximo, não podendo ser fixada nem aquém nem além dos parâmetros previamente definidos pelo legislador. O cálculo da pena-base está diretamente ligado a análise das circunstâncias judiciais, as quais devem ser consideradas pelo julgador, no momento da fixação da pena, como garantia própria do réu. E quanto mais favoráveis forem ao réu, mais próximo do mínimo deverá ser a pena, quanto mais desfavoráveis forem mais próximo do máximo a pena poderá ser fixada.

Em que pese o legislador não ter mencionado o critério mais adequado para ser usado na fixação da pena-base, há diversas doutrinas e jurisprudência, que defendem certos parâmetros a serem utilizados para a dosagem da pena-base.

Juarez Cirino dos Santos⁵¹⁵ nesse sentido menciona que a definição da pena-base começa com a fixação de um ponto de partida por meio de um processo intelectual de determinação da pena criminal. Todavia, a questão de fixação desse ponto de partida para a definição da pena-base é controvertida, na literatura e na jurisprudência brasileiras.

⁵¹⁴ Op. cit., p. 241.

⁵¹⁵ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Teoria da Pena: fundamentos políticos e aplicação judicial**. Curitiba: ICPC; Lúmen Júris, 2005, p. 107-108.

Existem duas teorias que definem o que seria a pena-base. Quais sejam: a teoria tradicional e a teoria moderna.

A primeira, propõe a média entre o mínimo e o máximo da pena cominada, fundada em lógica matemática. A segunda propõe a pena mínima, fundada em razões humanitárias.⁵¹⁶

Para Juarez Cirino dos Santos, a solução dessa controvérsia é simples:

Se a teoria tradicional determina aplicação de pena maior e, inversamente à teoria moderna determina aplicação de pena menor, então o argumento humanitário prevalece sobre o argumento lógico – aliás, contrário ao princípio da culpabilidade, que proíbe aplicação ou agravação de penas sem fundamento empírico concreto. Conclusão: o ponto de partida para fixação da pena-base deve ser o mínimo legal da pena cominada, conforme generalizada prática judicial contemporânea.⁵¹⁷

A respeito da controvérsia existente entre a teoria tradicional e moderna, manifesta-se Gilberto Ferreira no sentido de que:

Não resta dúvida de que a fixação da pena-base a partir de um termo médio é método mais racional, porque parte de um pressuposto lógico: se se tem que atenuar ou agravar dentro de um universo que estabelece um número mínimo e um máximo, nada mais correto do que escolher um termo médio para, sobre ele, procederem-se as diminuições ou agravações necessárias. Contudo, não me parece ser o mais correto...

Como se vê, cada vez que houver um equilíbrio entre as circunstâncias favoráveis e desfavoráveis, a pena-base será sempre aquela escolhida para parâmetro: a pena mínima, ou o termo médio, conforme seja o método escolhido. Com tal demonstração fica claro que o método do termo médio embora racional prejudica o réu. E como a lei em momento algum disse qual seria o método a ser adotado, penso que o juiz não pode fazer uma interpretação extensiva escolhendo um método que venha prejudicar o réu, embora até mais lógico e racional.

Ademais, a adoção do termo médio leva a idéia da pena tarifada, há muito abandonada pelo legislador...⁵¹⁸

⁵¹⁶ *Idem.*

⁵¹⁷ *Idem.*

⁵¹⁸ Op. cit., p. 66.

Para Nelson Hungria, que era adepto da teoria tradicional⁵¹⁹, a pena-base deve ser encontrada a partir da apreciação das circunstâncias judiciais, entre o mínimo e o máximo, fixados em abstrato pela lei, servirá de base para que sobre ela se apliquem as reduções ou aumentos porventura existentes contra ou a favor do réu. Ela se impõe como fundamento, como ponto de partida de uma operação, a cuja unidade se assentarão ulteriores acréscimos ou diminuição.⁵²⁰

Em contrapartida⁵²¹, Ruy Rosado de Aguiar Júnior é partidário da teoria moderna entende que:

A pena-base, se todos os fatores forem favoráveis ao réu, deve ficar no mínimo. (...) O que não se admite é o cálculo da pena-base já se iniciar pelo termo médio, que corresponde à metade da soma do mínimo com o máximo. Conforme tendência jurisprudencial de todos os países, o cálculo da pena inicia-se próximo do mínimo, e não do máximo. É certo que para alguns fatos, cujas circunstâncias, embora apenas judiciais, revelem tão intensa gravidade, justifica-se pena aproximada do máximo. Mas isso é excepcional, pois o comum é reservar as dosagens mais altas para os casos em que se fizerem presentes circunstâncias agravantes ou causas de aumento. De outra parte, a primariedade e os bons antecedentes podem justificar com suficiência a escolha do mínimo legal. No Rio Grande do Sul, o Juiz Ruy Aguiar Neto adota o seguinte critério para definir a pena-base: o máximo da pena-base corresponderá ao segundo termo médio, e a elevação do mínimo será feita na medida em que presentes circunstâncias judiciais desfavoráveis. Assim, por exemplo, na pena privativa de liberdade cominada em 1 a 3 anos de reclusão, o primeiro termo médio (metade da soma do mínimo com o máximo) é 2 anos; o segundo termo médio (metade da soma do mínimo de

⁵¹⁹ O termo médio a que nos referimos não obedece a rigor aritmético (como o Código revogado) e resulta de uma injunção de lógica e de bom senso, a que não poderia alhear-se o novo Código. Se as circunstâncias judiciais pró e contra o réu equivalem (ou se não puderem ser apuradas no caso concorrente), boa razão não permite outra solução que não seja a de que a pena-base seja uma pena média entre o mínimo e o máximo cominados *in abstracto*. Se a seguir, verificar-se a inexistência de agravantes ou atenuantes obrigatórios, ou umas e outras se compensaram, neutralizando-se (solução ditada, a *contrario sensu*, pelo art. 49, a pena média (calculada como pena-base) passará a ser a pena aplicável *in concreto* (caso não ocorram causas de especial aumento ou diminuição). HUNGRIA, Nelson *apud* FERREIRA, Gilberto, 2004, p. 64.

⁵²⁰ *Idem*.

⁵²¹ O jurista Mario Helton Jorge também é contrário a fixação da pena a partir do termo médio. Senão vejamos: “Registre-se, porque oportuno, que é equivocado se iniciar a fixação da pena-base a partir do termo-médio, isto é, a média da pena prevista *in abstracto* no tipo legal, somando-se a pena mínima com a pena máxima dividindo o resultado por dois. Exemplo: furto simples, reclusão de 1 a 4 anos. Termo médio: 2 anos e 6 meses. A pena deve ser graduada em sua elevação de acordo com a quantidade de circunstâncias judiciais desfavoráveis. Ad argumentandum, para aqueles que entendem que a pena-base se inicia pelo termo médio poderão estar equivocados na hipótese de que nenhuma circunstância judicial seja desfavorável ao acusado, acarretando, daí, um apenamento injusto, passível de correção”. Op. cit.

um ano com o termo médio de dois anos) é 1 ano e seis meses, ou dezoito meses. Esse será, em princípio, o máximo da pena-base, que será elevada a partir do mínimo na proporção em que houver circunstâncias judiciais desfavoráveis. O sistema é bom como critério orientador, desde que não passe de um simples guia, a ser abandonado sempre que o recomendar o caso concreto.⁵²²

Figueiredo de Almeida⁵²³, também partidário da teoria moderna, entende que a pena-base é “a pedra fundamental e angular sobre a qual se assenta toda a estrutura trifásica do cálculo de aplicação da pena, vale dizer, o alicerce, o marco inicial, e o tronco principal de toda essa cadeia estrutural, conforme o critério previsto no art. 59 do Código Penal”.

Ante o exposto, e tendo em vista o conceito de pena-base, acrescenta o referido autor:

1) pena-base não é o mesmo que pena mínima; 2) a pena mínima, prevista no tipo penal, pode ser a pena-base; 3) a pena-base deve observar o princípio da culpabilidade como critério maior ou menor de reprovação penal; 4) a pena-base deve ser orientada pelo princípio da razoabilidade, porque o arbítrio do judicial não deve ser entendido como mero capricho ou arbitrariedade pessoal do julgado, nem como totalitarismo leviano capaz de ditar decisões absurdas e incondicionadas. Deve esse princípio vincular a decisão judicial à garantia do devido processo legal, tomando como pressuposto, dentre outras coisas, a pauta punitiva prevista no ordenamento jurídico e a realidade processual; 5) a pena-base deve ser orientada pelo princípio da proporcionalidade, pois não pode haver uma desproporção ou um desequilíbrio entre a lesão praticada contra o bem jurídico protegido, exposto ao perigo ou ameaçado e a cominação legal imposta *in concreto*.⁵²⁴

Conforme já mencionado, Gilberto Ferreira⁵²⁵ é adepto da teoria moderna e sustenta que a posição mais certa com relação da fixação da pena-base é a de que o juiz deve partir do mínimo legal abstratamente previsto, sendo que a utilização do termo médio, embora racional, prejudica o réu. Além disso, quando o julgador utiliza o

⁵²² Op. cit.

⁵²³ ALMEIDA, J.E.F.de. ob. cit. p. 210.

⁵²⁴ *Idem*.

⁵²⁵ Op. cit., p. 66.

termo médio, para fixação da pena-base, sem valorar qualquer fato e sem estar autorizado pela lei, estará incorrendo em flagrante erro.⁵²⁶

Nesse sentido também tem julgado a maioria dos tribunais brasileiros, mas se faz imprescindível que o juiz deixe claro na sentença qual o método utilizou para a determinação da pena. O magistrado não pode fazer uma interpretação extensiva escolhendo um método que venha a prejudicar o réu, se a própria lei foi omissa quanto ao procedimento.

É de se ressaltar, novamente, que o juiz deve fundamentar a pena-base, esclarecendo a quantidade de pena que utilizou em relação a cada circunstância, e muito embora não se tenham valores predeterminados para cada uma das circunstâncias judiciais e, ainda, a vista que inexistente qualquer forma de compensação entre elas.⁵²⁷

Em contrapartida, Jorge Vicente da Silva⁵²⁸ ensina que o juiz deve, no caso concreto, proceder a compensações, quando houver circunstâncias judiciais favoráveis e desfavoráveis ao réu. Ex. Levando-se em conta que o réu seja portador de péssimos antecedentes e tenha cometido o crime de furto de alimentos, que não configure furto famélico. No entendimento de Jorge Vicente da Silva nessa situação o juiz poderá proceder à compensação completa ou parcial entre elas.⁵²⁹

⁵²⁶ Com base em suas afirmações Gilberto Ferreira exemplifica que se num crime de lesões corporais de natureza leve, o juiz parte do termo médio para fins de fixação da pena, sendo a pena *in abstracto* de 3 meses a 1 ano, seu termo médio será de 7 meses e 15 dias, porém se parte do mínimo a pena alcançará apenas 3 meses. E se fosse outro crime, se o indivíduo praticasse o delito de estelionato. Se o juiz partir do termo médio, a pena que deverá ser utilizada inicia em 3 anos. Se o juiz entender que foi elevado o grau de reprovabilidade e os motivos foram inaceitáveis, mas o réu possui bons antecedentes e não houve consequência do crime, o magistrado irá aumentar a pena em 6 meses e em seguida reduzi-la também em 6 meses, fixando nessa fase em 3 anos de reclusão. No entanto, utilizando o mesmo raciocínio e partindo da pena mínima, que seria de 1 (um) ano, o juiz elevaria a pena em 6 meses e reduziria também em 6 meses, totalizando 1 (um) ano de reclusão. Op. cit., p. 66.

⁵²⁷ SCHMITT, Ricardo Augusto. Op. cit., p. 82.

⁵²⁸ Op. cit. p. 242.

⁵²⁹ SILVA, Jorge Vicente, op. cit. p. 242.

Em princípio, o juiz não precisa atribuir um *quantum* para cada circunstância judicial do artigo 59, do Código Penal, favorável ou desfavorável ao réu e depois adicionar e subtrair. Poderá o Magistrado fazer mentalmente esta operação, desde que indique os motivos, porque atribuiu maior ou menor valor.⁵³⁰

Para Maurício Kuehene⁵³¹, a pena-base é delineada a partir da cominação mínima da pena, estabelecida no tipo penal, tendo fundamento no artigo do Código Penal em que constam, taxativamente, as circunstâncias judiciais. Para tanto, diz que, se todas as circunstâncias judiciais forem favoráveis ao réu, a pena-base deve ser aplicada no mínimo cominado. Se houver concurso de circunstâncias favoráveis e desfavoráveis, estas não podem ser compensadas; porém, a circunstância favorável deixará de ser valorada. Então, a pena deve aproximar-se dos limites indicados pelos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da reincidência. Ou seja, deve-se considerar as circunstâncias de natureza subjetiva do caso.⁵³² Contudo, se houver apenas circunstâncias desfavoráveis ao réu, a doutrina recomenda que a pena-base não ultrapasse a média da pena mínima e máxima cominada.⁵³³

Por meio deste método, então, descobre-se o *quantum* deve ser auferido a cada circunstância judicial, sendo que a somatória deste chegará a pena-base.

De qualquer maneira, resta saber qual o melhor critério para se chegar à pena-base final.

Tendo em vista que cada caso é específico em sua completude, não havendo como descrever métodos certos e precisos para o seu desfecho, mesmo porque, não

⁵³⁰ SILVA, Jorge Vicente, op. cit. p. 245.

⁵³¹ KUEHNE, Maurício. Op. cit., p. 44.

⁵³² *Idem.*

⁵³³ *Idem.*

haveria porque existir a figura do magistrado, já que todos os casos seriam decididos de igual maneira.

8 CONCLUSÃO

O que se almejou com este estudo foi demonstrar que as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal são objeto de interpretação e discricionariedade do magistrado na fixação da pena, pois compreendem elementos intrínsecos ao agente, ao fato e à vítima. Sendo assim, foi abordado sobre a hermenêutica do artigo 59 do Código Penal como instrumento de controle da discricionariedade do magistrado. Analisando as regras norteadoras dos critérios de valoração das circunstâncias judiciais na dosimetria da pena, sobretudo a Constituição Federal e o Código Penal.

O presente trabalho procurou mostrar a importância da individualização da pena e do mesmo explicitou cada uma das circunstâncias judiciais tendo sido feita uma análise pormenorizada das mesmas, para que, desta forma o magistrado possa ter plenas condições de aplicar uma pena-base necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do crime, conforme os limites impostos legalmente.

Cumprindo observar na prática a mesma análise pormenorizada e individualizada de cada circunstância judicial quando da dosimetria da pena, não é realizada.

Conseqüentemente ao reexaminar as sentenças, é fácil encontrar as impropriedades discutidas detalhadamente neste trabalho, as quais não se pretenderam de maneira alguma esgotar, mas, sem dúvida, ampliar o debate entre todos os operadores do direito indistintamente, sejam acadêmicos, advogados, promotores, Juízes ou juristas, sobre a precariedade das decisões condenatórias.

Vale mencionar ainda, que as sentenças penais prolatadas, habitualmente, são objeto de revisão criminal, justamente em decorrência de vícios no exame das

circunstâncias e na fixação da pena. Cumpre, portanto, ressaltar o que se pôde observar acerca de cada circunstância judicial.

Em relação à culpabilidade pode-se dizer que é a reprovação de um sujeito imputável, ou seja, sujeito que tem o poder de saber o que fez, que realiza, com consciência da antijuridicidade, tendo realmente conhecimento da conduta antijurídica, e em condições de normalidade de circunstâncias, tendo a possibilidade de poder não fazer o que faz, caracterizando um injusto penal.⁵³⁴

Quanto aos maus antecedentes, apenas, as condenações anteriores por contravenção e as condenações com trânsito em julgado após a segunda conduta⁵³⁵, ressaltando, também, a imperceptível, porém existente, distinção entre os antecedentes e a conduta social⁵³⁶.

Quanto à conduta social do agente, esta muitas vezes, na fixação da pena-base, é confundida com os antecedentes do agente, devido ao fato de até a reforma do Código Penal de 1984 estava contida no conceito de antecedentes, é definida “como conjunto de comportamentos relevantes e/ou significativos da vida do autor”.⁵³⁷

Quanto à personalidade, esta caracterizasse como uma série de sentimentos e emoções pessoais distribuídos entre os pólos de emotividade e estabilidade, ou de atitudes e reações individuais na escala sociabilidade e agressividade, que pouco indicam sobre a personalidade do agente.⁵³⁸

⁵³⁴ SANTOS, Juarez Cirino. Op. cit., p. 278.

⁵³⁵ KUEHNE, Mauricio. Op. cit., p. 182.

⁵³⁶ FRAGOSO, Heleno. Op. cit., p. 322.

⁵³⁷ SANTOS, Juarez Cirino. Op. cit., p. 562.

⁵³⁸ SANTOS, Juarez Cirino. Op. cit., p. 563

Os motivos do agente para a prática da conduta delituosa, constituem “a fonte propulsora da vontade criminosa”⁵³⁹.

Quanto às circunstâncias do crime, na fixação da pena-base, deve se fundamentar a valoração das circunstâncias do crime ou indicar os elementos constantes dos autos que formaram a convicção do Magistrado, sob pena de nulidade da sentença.

Por conseqüências do crime, verificaram-se aquelas que “designam outros resultados de natureza pessoal, afetiva, moral, social, econômica ou política produzidos pelo crime, dotados de significação para o juízo de reprovação”.

Finalmente, no que se refere à última circunstância judicial o comportamento da vítima configura-se como elemento na constituição de muitos crimes, dado o perfil de alguns indivíduos para atuar como sujeitos passivos do crime, o que faz gerar até certo grau de periculosidade social e moral desse sujeito passivo, "a despeito da política criminal direcionada somente ao criminoso, também merece tratamento adequado”⁵⁴⁰.

Passada a etapa da verificação de cada particularidade das oito circunstâncias judiciais, procedeu-se um estudo a respeito dos critérios a serem considerados para a fixação da pena-base, para que esta seja a mais justa possível.

⁵³⁹ PRADO, Luiz Regis, e Bittencourt, Cesar Roberto. Op. cit., p. 227.

⁵⁴⁰ ALMEIDA, José Eulálio Figueiredo de. Sentença Penal. p. 87

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Aplicação da Pena. **Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal**. Porto Alegre, v. 1, n. 3, p. 24-48, ago./set. 2000.

ALMEIDA, Jose Eulálio Figueiredo de. **Sentença Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 2ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

BENTHAM, Jeremias. **Teoria das penas legais**. 1ª ed. São Paulo: Bookseller, 2002.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral**. 8ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. 4v.

_____. O Arbítrio Judicial na Dosimetria Penal. **Revista dos Tribunais**. São Paulo. v. 85, n. 723, p. 497-505, jan./1996.

BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das Penas e seus Critérios de Aplicação**. 4ª. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

BRAVO, Otávio. **A Má Conduta Social do Jogador Edmundo**. Discursos Sediciosos. Crime, direito e sociedade, Rio de Janeiro, 2000.

CANTO, Dilton Ávila. **Regime inicial de cumprimento da pena reclusiva ao reincidente**. Publicado em Setembro/1999. Disponível em:<<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1099&p=4>>. Acessado em: 20 de agosto de 2008.

CARVALHO, Salo. **Penas e Garantias**. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da Pena e Garantismo**. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CERNICHIARO, Luiz Vicente. **APLICAÇÃO DA PENA**. Publicado em: 01/09/2006. Disponível em: http://www.redebrasil.inf.br/0artigos/aplicacao_pena.htm. Publicado em 12/05/08. Acesso em 10 de maio de 2008.

COLLE, Juliana de Andrade. **Critérios para a valoração das circunstâncias judiciais (art. 59, do CP) na dosimetria da pena**. Publicado em 30/01/2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6232>>. Acesso em: 10 de maio de 2008.

DELMANTO, Celso. **Código Penal comentado**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1991.

DOTTI, René Ariel. **Bases Alternativas para o Sistema de Penas**. 2ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

FERREIRA, Gilberto. **Aplicação da Pena**. 1ª. ed. 5ª tiragem. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

FILHO, Fernando da Costa Tourinho. **Processo Penal 4**, 29ª edição, São Paulo: Saraiva, 2007.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**. 16ª ed. Forense: Rio de Janeiro, 2003.

GOMES, Eduardo Caetano. **Penas e Histórico**. Publicado em . Disponível em: <<http://www.coladaweb.com/direito2.htm>>. Acesso em 04/06/2008.

HUAPAYA, Sandro Montes; BUSATO, Paulo César. **Introdução ao Direito Penal: Fundamentos para um sistema Penal Democrático**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

GOMES, Luís Flávio. **Funções da pena e da culpabilidade no direito penal brasileiro**. LFG, São Paulo, 18 abr. 2003. Disponível em: http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20041008161904415>. Acesso em: 20 set. 2006.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **Recursos no Processo Penal: Teoria Geral dos Recursos, Recursos em Espécie, Ações de Impugnação, Reclamação aos Tribunais.** 3ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

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

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal.** 17ª. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 1993.

JORGE, Mário Helton. **Aplicação da Pena: Erros de atividade e de julgamento e suas conseqüências.** Publicado em: 01/09/2006. Disponível em: <<http://www.mundolegal.com.br>>. Acesso 10 de maio de 2008.

_____. **A Quantificação da Pena em Face das Circunstâncias. Revista dos Tribunais,** Curitiba, v. 825, p. 435-441, jul. 2004.

_____. **A Nulidade Parcial Da Sentença Penal Como Artifício Para A Manutenção Do Decreto Condenatório: Error In Judiciando.** Publicado em: 01/09/2006. Disponível em: <http://www.mundolegal.com.br>. Acesso 10 de maio de 2008.

KUEHNE, Mauricio. **Teoria e Prática da Aplicação da Pena.** 2ª ed. Curitiba: Juruá, 1998.

MARQUES, José Frederico. **Tratado de Direito Penal,** 1ª ed., vol. III, Campinas, SP, Millennium, 1999.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal.** 19ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da Pena.** 2ª ed. rev., atua. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PRADO, Luiz Régis. **Curso de Direito Penal Brasileiro. Parte Geral.** 4ª ed. São Paulo: RT, 2004.

QUEIROZ, Paulo. **Erros freqüentes na aplicação da pena**. Publicado em 08/2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3733>>. Acesso em 10 de maio de 2008.

ROCHA, Elaine Moreira da e CARVALHAL JUNIOR, Luiz Carlos CARVALHAL JUNIOR. Publicado em Junho/2006. Disponível em:<<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1401>>. Acessado em: 13 de agosto de 2008.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Teoria da Pena: fundamentos políticos e aplicação judicial**. Curitiba: ICPC; Lúmen Júris, 2005.

_____. **Direito Penal – Parte Geral**. Curitiba: ICPC; Lúmen Juris, 2006.

SCHMITT, Ricardo Augusto. **Sentença Penal Condenatória. Aspectos Práticos e teóricos à elaboração**. 2ª ed. ver. ampl. e atual. Bahia: Podivm, 2007.

SILVA, Jorge Vicente. **Manual da Sentença Penal Condenatória**. Curitiba: Juruá, 2003.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

TRISTÃO, Adalto Dias. **Sentença Criminal: Prática de Aplicação da Pena e Medida de Segurança**, 4ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

VIANNA, Túlio Lima. **Roteiro didático de fixação das penas**. Publicado em 08/2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3733>>. Acesso em 10 de maio de 2008.

ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.