

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

**DENISE FERNANDA SANTOS GASPAR**

**AS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DO ARTIGO 59 DO CÓDIGO PENAL NA  
APLICAÇÃO DA PENA**

**CURITIBA  
2008**

**DENISE FERNANDA SANTOS GASPAR**

**AS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DO ARTIGO 59 DO CÓDIGO PENAL NA  
APLICAÇÃO DA PENA**

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

Orientador: Prof. João Vicente de Oliveira

**CURITIBA  
2008**

## **TERMO DE APROVAÇÃO**

**DENISE FERNANDA SANTOS GASPAR**

### **AS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DO ARTIGO 59 DO CÓDIGO PENAL NA APLICAÇÃO DA PENA**

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: Prof. João Vicente de Oliveira

Avaliador: Prof.

Curitiba, \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2008.

## DEDICATÓRIA

Aos meus pais Sebastião Gaspar e Maria de Jesus Santos, que são a razão do meu viver, pelo apoio, pelo amor, pela compreensão e pela dedicação, amo muito vocês.

## AGRADECIMENTOS

A Deus por sempre me carregar em seus braços, mesmo quando não penso em cair.

À uma pessoa essencial em minha vida, Maria de Jesus Santos, minha mãe, minha heroína, a razão por eu estar aqui e chegar onde cheguei, uma mulher que desempenha, brilhantemente, seu papel de MÃE. Obrigada por tudo. Mãezinha resumo-te em apenas uma frase: “Você é o ar que eu respiro!” Te amo.

À um homem em especial, Sebastião Gaspar, meu pai, minha inspiração, obrigada por tudo, carinho, apoio, paciência, compreensão e, principalmente, pela oportunidade de aqui estar. Orgulho-me muito em poder te chamar de PAI! “Papito, você é peça fundamental em minha vida. Te amo.”

À minha melhor amiga, prima, irmã, Carla Camilo dos Santos, a saudade machucou muito, porém foi necessária para chegar até aqui! Cah obrigada por sempre estar ao meu lado e nunca me apontar os obstáculos, mas sim, apenas dizer: “Estou com você”!  
AMO MUITO VOCÊ!

À uma grande amiga, cúmplice, companheira, Flávia Olivia Silva Rosa, por estar, ter estado ao meu lado em todos os momentos! Você foi e é fundamental nessa caminhada. Flá obrigada por fazer parte da minha vida, e principalmente, por poder te chamar de AMIGA! Amo!

Aos maravilhosos professores da escola da magistratura e funcionários, de todos os setores, informática, biblioteca, cozinha, serventes, direção e secretaria [Paulinho, anjo da emap, obrigada por tudo!], todos são muito queridos! Suas atenção e compreensão tornaram meus dias melhores e, com certeza, vocês fizeram a diferença.

Ao meu orientador Prof. João Vicente de Oliveira, pelos conhecimento, carinho, paciência e compreensão que me foram dedicados.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	<b>10</b>
<b>2 PENA</b> .....	<b>13</b>
<b>2.1 Origem da Palavra</b> .....	<b>13</b>
<b>2.2 Conceito</b> .....	<b>14</b>
<b>2.3 Histórico</b> .....	<b>15</b>
<b>3 OS FUNDAMENTOS E OS FINS DA PENA</b> .....	<b>18</b>
<b>3.1 Introdução</b> .....	<b>18</b>
<b>3.2 Teorias sobre os fundamentos da pena</b> .....	<b>19</b>
<b>3.3 CLASSIFICAÇÃO DAS TEORIAS</b> .....	<b>19</b>
<b>3.3.1 Teorias absolutas ou retributivas</b> .....	<b>19</b>
<b>3.3.2 Teorias relativas (prevenção especial e prevenção geral)</b> .....	<b>20</b>
<b>3.3.3 Teorias mistas ou ecléticas</b> .....	<b>21</b>
<b>4 DOSIMETRIA DA PENA</b> .....	<b>22</b>
<b>4.1 Introdução</b> .....	<b>22</b>
<b>4.2. DA INDIVIDUALIZAÇÃO</b> .....	<b>23</b>
<b>4.2.1 Introdução</b> .....	<b>23</b>
<b>4.2.2 Da individualização judicial</b> .....	<b>26</b>
<b>5 FASES DA FIXAÇÃO DA PENA</b> .....	<b>27</b>
<b>5.1 Introdução</b> .....	<b>27</b>
<b>5.2 Método bifásico</b> .....	<b>27</b>
<b>5.3 Método trifásico</b> .....	<b>28</b>
<b>5.4 Método adotado por nosso ordenamento jurídico</b> .....	<b>30</b>
<b>6 DETERMINAÇÃO DA PENA-BASE</b> .....	<b>33</b>
<b>6.1.1 Introdução</b> .....	<b>33</b>
<b>6.1.2 Da fixação da pena-base</b> .....	<b>33</b>
<b>6.2 AS CIRCUNSTÂNCIAS</b> .....	<b>34</b>
<b>6.2.1 Conceito</b> .....	<b>34</b>
<b>6.2.2 Espécies</b> .....	<b>35</b>
<b>6.2.3 QUANTO A APLICAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS</b> .....	<b>37</b>
<b>6.2.3.1 Das circunstâncias judiciais</b> .....	<b>37</b>

6.2.3.2 Das circunstâncias legais .....	37
6.2.3.3 Das circunstâncias especiais ou específicas .....	38
<b>6.3 AS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS .....</b>	<b>40</b>
6.3.1 Conceito .....	40
6.3.2 Importância .....	41
6.3.3 As circunstâncias judiciais do artigo 59, do Código Penal .....	42
6.3.3.1 DA CULPABILIDADE .....	42
6.3.3.1.1 TEORIAS SOBRE A CULPABILIDADE .....	42
6.3.3.1.1.1 Teoria psicológica .....	43
6.3.3.1.1.2 Teoria normativa da culpabilidade ou teoria psicológico-normativa .....	43
6.3.3.1.1.3 Teoria normativa pura .....	44
6.3.3.1.2 Conceito de culpabilidade .....	45
6.3.3.1.3 A CULPABILIDADE E A REFORMA PENAL DE 1984 .....	46
6.3.3.1.3.1 Introdução .....	46
6.3.3.1.3.2 Da valoração da culpabilidade nas circunstâncias judiciais .....	47
6.3.3.2 DOS ANTECEDENTES .....	49
6.3.3.2.1 Introdução .....	49
6.3.3.2.2 Conceito .....	50
6.3.3.2.3 DOS MAUS ANTECEDENTES .....	50
6.3.3.2.4 DA REINCIDÊNCIA E OS ANTECEDENTES .....	55
6.3.3.2.4.1 Da reincidência como maus antecedentes .....	56
6.3.3.2.4.1.1 Da existência de duas ou mais reincidência .....	58
6.3.3.2.5 Da prova dos maus antecedentes .....	59
6.3.3.2.6 Da finalidade dos maus antecedentes .....	59
6.3.3.3 DA CONDUTA SOCIAL .....	60
6.3.3.3.1 Introdução .....	60
6.3.3.3.2 Conceito .....	61
6.3.3.3.3 Da valoração da conduta social .....	62
6.3.3.3.4 Da prova da conduta social .....	63
6.3.3.4 DA PERSONALIDADE .....	64
6.3.3.4.1 Introdução .....	64

6.3.3.4.2 Conceito .....	65
6.3.3.4.3 QUANTO A VALORAÇÃO .....	65
6.3.3.4.3.1 Da possibilidade da aferição da personalidade .....	66
6.3.3.5 DOS MOTIVOS DO CRIME .....	68
6.3.3.5.1 Introdução .....	68
6.3.3.5.2 Da definição de <i>motivos do crime</i> .....	68
6.3.3.6 DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO FATO .....	69
6.3.3.6.1 Introdução .....	69
6.3.3.6.2 Definição .....	70
6.3.3.7 DAS CONSEQUÊNCIAS DO CRIME .....	72
6.3.3.7.1 Introdução .....	72
6.3.3.7.2 Definição .....	72
6.3.3.8 DO COMPORTAMENTO DA VÍTIMA .....	73
6.3.3.8.1 Introdução .....	73
6.3.3.8.2 Conceito de vítima .....	73
6.3.3.8.3 Classificação das vítimas .....	74
6.3.3.8.4 Da valoração .....	75
7 QUANTIDADE DA PENA .....	77
7.1 Introdução .....	77
7.2 Do <i>quantum</i> relativo a cada circunstância judicial .....	77
8 DA NECESSIDADE E DA SUFICIÊNCIA .....	82
9 CONCLUSÃO .....	84
10 REFERÊNCIAS .....	86
10.1 Bibliografia Consultada .....	87
11. ANEXOS .....	88

# AS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DO ARTIGO 59 DO CÓDIGO PENAL NA APLICAÇÃO DA PENA

## RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo demonstrar a importância da análise das circunstâncias judiciais do artigo 59, do Código Penal e, como não existem parâmetros específicos para a aplicação destas, ficam referidas circunstâncias à análise subjetiva por parte do magistrado, ocasionando percalços nas sentenças judiciais. Desta forma, buscou-se no presente trabalho demonstrar a importância e a relevância da valoração de cada circunstância judicial durante a aplicação e a fixação da pena, tornando-a, assim, necessária e suficiente.

**Palavras-chaves:** pena; individualização da pena; dosimetria da pena; aplicação da pena; pena-base; e circunstâncias judiciais.

## INTRODUÇÃO

Segundo a doutrina, a individualização da pena se dá em três fases, sendo elas: a fase legislativa, onde o legislador estabelece a pena mínima e máxima para cada tipo penal, a fase judiciária, onde o magistrado aplica a pena *in concreto* ao agente infrator, e a fase executória, onde o judiciário faz a execução da pena estabelecida, *in concreto*, de cada réu.

A Constituição Federal da República, em seu artigo 5º, inciso XLVI, determinou a individualização da pena, e o Código Penal Brasileiro, à luz da nossa Carta Magna, estabeleceu parâmetros para aplicação dessa.

A aplicação da pena, dentre muitas, é uma das atividades jurisdicionais exercida pelo judiciário, onde, via de regra, se impõe uma sanção penal ao sujeito delinqüente com objetivos de reprimir sua conduta, evitando, assim, a prática de novos delitos, bem como de proteger a sociedade prevenindo-a de crimes futuros.

Importante ressaltar, que a função de aplicar a pena é muito mais difícil do que a função de julgar, pois quando o magistrado [juiz, desembargador] está julgando, ele está determinando se o denunciado é inocente ou culpado. De outro lado, quando o juiz, desembargador, está aplicando a pena, ele está diante de uma das maiores garantias do ser humano, a liberdade, ou seja, efetuando a aplicação da pena ao réu, aquele [o magistrado] está decidindo entre a privação da liberdade, restrição de direitos ou a liberdade em si do sentenciado.

Dispõe o artigo 68 do Código Penal que: “A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento”.

Conforme se observa no disposto acima, o Brasil adotou o sistema trifásico para a aplicação da pena, ou seja, a dosimetria desta é feita em três fases distintas, sendo elas:

- a) Pena-base (circunstâncias judiciais – artigo 59 do Código Penal);
- b) Pena-intermediária (circunstâncias legais – artigos 61, 62, 65 e 66 do Código Penal);
- c) Pena-final (causas de aumento e diminuição de pena).

Embora adotado o sistema trifásico para a fixação da pena, este trabalho será voltado, em específico, para a primeira fase, na qual o magistrado utiliza-se das oito circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, para a fixação da pena-base.

Dispõe o referido artigo que:

Art. 59, CP - 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.

Da análise do dispositivo acima transcrito, denota-se que o Código Penal Brasileiro apenas mencionou quais são as circunstâncias a serem analisadas na pena-base, não estabelecendo, contudo, um critério específico para a dosagem e aplicação

da pena nesta primeira fase. Com isso, os magistrados possuem amplos poderes para a valoração de cada uma dessas circunstâncias.

Desse modo, em não havendo critérios específicos para valoração das circunstâncias judiciais (artigo 59 do Código Penal), ficando estes, completamente ao caráter subjetivo do magistrado, essa questão vem gerando alguns transtornos e dissabores nas sentenças judiciais. Então, em nosso trabalho, procuramos demonstrar a importância, a relevância e o extremo cuidado que o magistrado deve ter ao valorar cada uma das circunstâncias judiciais estabelecidas no referido artigo 59, com a finalidade de se obter a fixação da pena-base de maneira ponderada, fazendo com que essa seja necessária e suficiente para o sentenciado.

## 2. PENA

### 2.1 Origem da Palavra

Em análise as doutrinas, chega-se à conclusão de que não há ao certo a origem específica da palavra *pena*. Há vários posicionamentos, um exemplo é de Inácio de Carvalho Neto que em sua obra, *Aplicação da Pena*<sup>1</sup>, transcreveu, a respeito do tema, o posicionamento de dois autores, sendo eles Gilberto Ferreira e Alberto Jorge Correia de Barros Lima.

Primeiramente, Gilberto Ferreira, dispõem sobre as diversas possibilidades da origem da palavra *pena*:

Para uns, viria do latim *poena*, significando castigo, expiação, suplício, ou ainda do latim *punere* (por) e *pondus* (poso), no sentido de contrabalançar, pesar, em face do equilíbrio dos pratos que deve ter a balança da Justiça. Para outros, teria origem nas palavras gregas *ponos*, *poiné*, de *penomai*, significando trabalho, fadiga, sofrimento e *eus*, de expiar, fazer o bem, corrigir, ou no sânscrito antiga língua clássica da Índia) *punya*, com a idéia de pureza, virtude. Há 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.<sup>2</sup>

Em segundo lugar, corroborando com os pensamentos do doutrinador acima citado, Alberto Jorge de Barros Lima afirma que: “etimologicamente, a palavra pena vem do latim, de *poena*, derivado do grego *póine* (castigo, punição, sofrimento).”<sup>3</sup>

---

1 NETO, Inácio de Carvalho. *Aplicação da Pena*, 2º ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 03 e 04.

2 FERREIRA, Gilberto. *Aplicação da Pena*. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p.03 apud NETO, Inácio de Carvalho. *Aplicação da Pena*, 2º ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 03 e 04.

3 LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. Aspectos da Pena na Teoria Geral do Direito. In: Doutrina. Coord. James TUBENCHLAK. Rio de Janeiro: Instituto de Direito, 1997, vol. 4, p.50 apud NETO, Inácio de Carvalho. *Aplicação da Pena*, 2º ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 04.

## 2.2 Conceito

Difícil também é distinguir um conceito puro de pena, uma vez que ao conceituarmos *pena*, intrinsecamente, não estaremos interpretando apenas o simples conceito desta, como também, poderemos visualizar, por diversos ângulos, sua finalidade.

Segundo Gilberto Ferreira<sup>4</sup>: “a pena é a conseqüência jurídica – o mal que se impõe -, que implica na diminuição de bens jurídicos, ao autor imputável de fatos descritos na lei como crimes”.

No mesmo sentido, Ernst Von Beling conceitua pena como: “*un sufrimento, que el ordenamento juridico hace seguir a un determinado hecho ilícito para el autor de éste.*”<sup>5</sup>

O autor E. Magalhães Noronha, em sua obra<sup>6</sup>, citou Soler o qual disse que a pena é como um mal, pois em primeiro lugar, ela vem no sentido de ameaçar, e em segundo lugar, ela vem no sentido de impor ao violador da norma, um preceito legal, o qual consiste na diminuição de um bem jurídico, cuja finalidade é a de evitar o cometimento de delitos<sup>7</sup>.

Já o doutrinador Guilherme de Souza Nucci conceituou pena no seguinte sentido: “Trata-se de sanção imposta pelo Estado, valendo-se do devido processo

---

<sup>4</sup> FERREIRA, Gilberto. Aplicação da Pena. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 06.

<sup>5</sup> BELING, Ernst Von. La doctrina del delito-tipo. Trad. Sebastian Soler. Bueno Aires: Depalma, 1944, p.3. Tradução livre: “um sofrimento, que o ordenamento jurídico faz seguir a um determinado fato ilícito para o autor deste.” apud NETO, Inácio de Carvalho. Aplicação da Pena, 2º ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 04.

<sup>6</sup> NORONHA, E. Magalhães. Direito Penal. Vol. 1, São Paulo: Saraiva., 32ª ed., 1997, p. 226.

<sup>7</sup> SOLER. Derecho penal, cit., v.2, p. 399 apud NORONHA, E. Magalhães. Direito Penal. Vol. 1, São Paulo: Saraiva., 32ª ed., 1997, p. 226.

legal, ao autor da infração penal, como retribuição ao delito perpetrado e prevenção a novos crimes.”<sup>8</sup>

Portanto, em análise dos autores acima, observamos, que o conceito de *pena* tem caráter dúplice, pois ao mesmo tempo em que define o que é pena, já explica, intrinsecamente, qual a finalidade desta.

Assim, a princípio, *pena* vem a ser uma repressão, na forma preventiva, ao não cometimento de ilícitos penais com a conseqüente, satisfação, na forma retributiva, de justiça para a sociedade.

### **2.3 Histórico**

Quanto ao histórico da pena, apenas a título de curiosidade, citaremos, sucintamente, a evolução pela qual aquela passou.

Sobre os períodos da pena, via de regra, podem ser divididos em seis, sendo eles: da vingança privada, da vingança divina, da vingança pública, da humanização, período científico e período da Nova Defesa Social<sup>9</sup>.

Com relação aos adeptos de teorias distintas, podemos destacar os seguidores da teoria criacionista que defendem a tese de que, quando Adão e Eva desobedeceram as ordens divina e comeram o fruto da árvore proibida, foi o que deu origem a primeira pena aplicada na humanidade, a qual foi imposta por Deus<sup>10</sup>.

---

8 NUCCI, Guilherme de Souza. Individualização da Pena, São Paulo: RT, 2ª ed., 2007, p. 52.

9 FERREIRA, Gilberto. Aplicação da Pena. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 235.

10 FERREIRA, Gilberto. Aplicação da Pena. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 235.

O fundamento de tal teoria esta na a leitura do texto de Gêneses 3. 14-19, da Bíblia Sagrada, o qual diz que:

Então o Senhor Deus disse à Serpente: Porquanto fizeste isso, maldita serás mais que toda besta e mais que todos os animais do campo; sobre o teu ventre andarás e pó comerás todos os dias da tua vida. E porei inimizade entre ti e a mulher e entre a tua semente e a sua semente; esta te ferirá a cabeça, e tu lhe ferirás o calcanhar. E à mulher disse: Multiplicarei grandemente a tua dor e a tua conceição; com dor terás filhos: e o teu desejo será para teu marido, e ele te dominará. E a Adão disse: Porquanto deste ouvidos à voz da tua mulher e comeste da árvore de que te ordenei, dizendo: Não comerás dela, maldita é a terra por causa de ti; com dor comerás dela todos os dias da tua vida. Espinhos e cardos também te produzirá; e comerás o teu pão, até que te tornes à terra; porque dela foste tomado, porquanto és pó e em pó tornarás.<sup>11</sup>

De outro lado, os evolucionistas consideram o surgimento da pena através da vingança, ou seja, quando o homem primitivo foi atacado por outro semelhante, ou por outra tribo, e então, ele resolveu se vingar<sup>12</sup>.

Destaca em sua obra Aplicação da Pena, Inácio de Carvalho Neto<sup>13</sup>, que: “Como afirmou Hudolf Von Ihering, a história da pena é a história de sua constante abolição”<sup>14</sup>.

Acrescentando o conceito acima, Filangieri afirmou que a pena vem a ser “um mal necessário, do qual nenhuma sociedade pode prescindir”<sup>15</sup>.

---

11 trad. ALMEIDA, João Ferreira de. Bíblia Sagrada. (revista corrigida). 71. impressão. Rio de Janeiro: Imprensa Bíblica, 1990, p. 37, gêneses 3. 14-19, apud NETO, Inácio de Carvalho. Aplicação da Pena, 2º ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 04.

12 FERREIRA, Gilberto. Aplicação da Pena. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 235.

13 NETO, Inácio de Carvalho. Aplicação da Pena, 2º ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 04.

14 IHERING, Hudolf Von. apud Sérgio Salomao Shecaira; Alceu Corrêa Junior. Pena e Constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1005, p. 18. apud NETO, Inácio de Carvalho. Aplicação da Pena, 2º ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 04.

15 FILANGIERI. Apud Sérgio Salomao Shecaira; Alceu Corrêa Junior. Op. cit., p. 43. apud NETO, Inácio de Carvalho. Aplicação da Pena, 2º ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 04.

Portanto, conclui-se, que a história da pena passou por transformações, na medida em que se transcorreu o tempo e a sociedade foi evoluindo, as penas impostas aos agentes desobedientes das normas penais foram se abrandando e suas garantias foram aumentando<sup>16</sup>, até que se chegou ao dias atuais, ou seja, em nosso Estado Democrático de Direito, no qual a pena visa uma sanção, à privação da liberdade, a quem pratica um ilícito penal, porém sempre observando, via de regra, a dignidade da pessoa humana.

---

16 NETO, Inácio de Carvalho. Aplicação da Pena, 2º ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 04.

### 3. OS FUNDAMENTOS E OS FINS DA PENA

#### 3.1 Introdução

O Estado há muito tempo, para evitar a auto-tutela, avocou para si a prerrogativa de aplicar as punições aos agentes infratores, ou seja, é ele quem elabora as normas penais, e ele é quem estabelece, em abstrato, tanto as condutas tipificadas como delitos ou contravenções, como as penas prevista para tais condutas<sup>17</sup>.

Diante de tal avocação para a aplicação das sanções penais, o Estado realiza o *jus puniendi*, todavia, esse poder não é ilimitado, encontra seus limites dentro do próprio ordenamento jurídico, pois, as normas penais estão limitadas pelo direito objetivo e as penas estão limitadas, objetivamente, pela legislação penal, a qual estabelece a espécie e o *quantum* da pena para cada ilícito penal<sup>18</sup>.

Dessa maneira, quando um agente pratica uma das condutas tipificadas como crime em nosso ordenamento jurídico, o Estado aplica a ele a pena prevista para aquele delito, logo, o Estado está exercendo o chamado *jus puniendi*, aplicando ao caso concreto a norma em abstrato, determinando uma pena justa ao agente infrator realizando-se, assim, à subsunção jurídica.

---

17 NETO, Inácio de Carvalho. Aplicação da Pena, 2º ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 18.

18 NETO, Inácio de Carvalho. Aplicação da Pena, 2º ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 19.

## **3.2 Teorias sobre os fundamentos da pena**

Em pesquisas doutrinárias do direito penal, chegamos a conclusão de que a maioria dos doutrinadores dividem o estudo da pena (fins e fundamentos) em três grupos de teorias<sup>19</sup>:

- a) teorias absolutas ou retributivas<sup>20</sup>;
- b) teorias relativas (prevenção especial e prevenção geral)<sup>21</sup>; e
- c) teorias mistas ou ecléticas<sup>22</sup>.

## **3.3 CLASSIFICAÇÃO DAS TEORIAS**

### **3.3.1 Teorias absolutas ou retributivas<sup>23</sup>**

Para os adeptos à essa teoria a punição tem, exclusivamente, o fundamento ético e moral. Pois, a pena tem apenas caráter retributivo, uma vez cometido o delito, o agente infrator terá que ser punido com a pena que lhe será imposta, ou seja, nessa visão, a pena é justa em si, e a sua aplicação será sem a devida preocupação se tal medida repressora cumprirá ou não a sua utilidade<sup>24</sup>.

---

19 NORONHA, E. Magalhães. Direito Penal. Vol. 1, São Paulo: Saraiva., 32ª ed., 1997, p. 225.

20 NETO, Inácio de Carvalho. Aplicação da Pena, 2º ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 20.

21 NETO, Inácio de Carvalho. Aplicação da Pena, 2º ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 20.

22 NETO, Inácio de Carvalho. Aplicação da Pena, 2º ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 20.

23 NETO, Inácio de Carvalho. Aplicação da Pena, 2º ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 20.

24 FERREIRA, Gilberto. Aplicação da Pena. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 235.

Segundo E. Magalhães Noronha a pena para essa teoria é: “simples consequência do delito: é o mal justo oposto ao mal injusto do crime”<sup>25</sup>.

Concluindo, para a teoria absoluta ou retributiva a pena tem finalidade retribucionista, pois, uma vez abalado o ordenamento jurídico, esta visa à restauração da ordem atingida. Não se apega aos outros efeitos da pena, como a intimidação, correção, supressão do meio social<sup>26</sup>, portanto, pode-se resumir tal teoria como bem escreveu Fernando Y. Fukussawa que: “*O importante é retribuir com o mal, o mal praticado*”<sup>27</sup>.

### **3.3.2 Teorias relativas (prevenção especial e prevenção geral<sup>28</sup>)**

O doutrinador Gilberto Ferreira, sobre a teoria em questão, escreveu que: “A punição visa a prevenção, como meio de segurança social e defesa da sociedade. A pena, pois, não é retribuição, e sim, um instrumento útil, capaz de evitar o crime, pelo temor que impõe, voltada, portanto, ao futuro.”<sup>29</sup>

Desta maneira, como o próprio nome já descreve, vem no sentido de prevenção, ou seja, ocorrendo o ilícito penal deve-se aplicar a pena ao agente que o cometeu, todavia, a prevenção vem em dois aspectos, particular e geral: em primeiro lugar, vem

---

25 NORONHA, E. Magalhães. Direito Penal. Vol. 1, São Paulo: Saraiva., 32ª ed., 1997, p. 225.

26 NETO, Inácio de Carvalho. Aplicação da Pena, 2º ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 20.

27 FUKUSSAWA, Fernando Y. Crimes de Trânsitos: duas aparentes inconstitucionalidade. In. Revista da Associação Paulista do Ministério Público. Abr./98, vol. 17, p.23, apud NETO, Inácio de Carvalho. Aplicação da Pena, 2º ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 20.

28 NETO, Inácio de Carvalho. Aplicação da Pena, 2º ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 20.

29 FERREIRA, Gilberto. Aplicação da Pena. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 236.

para evitar, prevenir, que o agente em questão volte a delinquir (aspecto particular), e em segundo lugar, vem para alertar os demais cidadãos que não cometam delitos, senão serão punidos, e dessa maneira está prevenindo a sociedade de futuras práticas de delitos (aspecto geral)<sup>30</sup>.

### 3.3.3 Teorias mistas ou ecléticas<sup>31</sup>

Preleciona René Ariel Dotti sobre a teoria mista, que ela 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 (contratualista, do escarmento, 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<sup>32</sup>.

Essa teoria, como nitidamente pode-se notar, foi a junção das teorias absoluta ou retributiva com a teorias relativas ou (prevenção geral), ou seja, para a teoria em análise, a pena vem a ter um caráter dúplice, retributivo e preventivo, pois ao mesmo tempo que vem punir o delinquente, exercendo seu caráter retributivo, age como mecanismo de defesa para com a sociedade, a fim de evitar futuros delitos, assim, exercendo seu caráter preventivo<sup>33</sup>.

---

30 NORONHA, E. Magalhães. Direito Penal. Vol. 1, São Paulo: Saraiva., 32ª ed., 1997, p. 225.

31 NETO, Inácio de Carvalho. Aplicação da Pena, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 21.

32 DOTTI, René Ariel. Op. cit. Pp. 168-169, apud NETO, Inácio de Carvalho. Aplicação da Pena, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 22.

33 FERREIRA, Gilberto. Aplicação da Pena. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 236.

## 4. DOSIMETRIA DA PENA

### 4.1 Introdução<sup>34</sup>

No princípio de nossa história o poder do rei era absoluto, pois ele exercia todas as funções do Estado, ou seja: ele administrava, legislava e julgava. Todavia, a função de julgar era delegada, pelo rei, para um terceiro, que não tivesse interesse algum na resolução da causa. Logo, essa função era exercida de maneira completamente arbitrária, pois não havia nenhum limite para julgamento, sendo, portanto, um sistema com a máxima liberdade na fixação e aplicação da pena.

Porém, com o decurso do tempo tal poder começou a ser limitado, passando-se a conferir ao juiz a possibilidade de dosar a pena de acordo com o caso concreto<sup>35</sup>. Mas, mesmo diante de tal atitude os juízes, ainda, continuavam com seu absolutismo.

Tempo depois Beccaria se pronunciou:

O magistrado, que é parte dessa sociedade, não pode com justiça aplicar a outro partícipe dessa sociedade uma pena que não esteja estabelecida em lei; e, a partir do momento em que o juiz se faz mais severo do que a lei, ele se torna injusto, pois aumenta um novo castigo ao que já está prefixado. Depreende-se que nenhum magistrado pode, ainda sob o pretexto do bem público, acrescentar a pena pronunciada contra o crime de um cidadão<sup>36</sup>.

---

34 FERREIRA, Gilberto. Aplicação da Pena. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 44 e 45.

35 Ver LISZT, Franz Von. Tratado de Direito Penal Alemão. Trad. De José Hygino Duarte Pereria, Rio de Janeiro, Ed. F. Briguiet, 1899, tomo II, p.443, apud FERREIRA, Gilberto. Aplicação da Pena. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 45.

36 Dos Delitos e das Penas. Tradução de Torrieri Guimarães, São Paulo, ed. Hemus, 1983, p.16, apud FERREIRA, Gilberto. Aplicação da Pena. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 45 e 46.

Ante a tal pronunciamento o legislador passou a fixar as penas e o poder do juiz foi retirado, passando este apenas a aplicar a pena. Com isso, não vigorava mais nem o princípio da extraordinária legalidade (absolutismo do juiz), nem o da absoluta liberdade da fixação, já que o legislador já pré-estabelecia todas as penas. Ressaltando, que essa situação mencionada prevaleceu em nosso ordenamento jurídico até a entrada em vigor do Código de 1940<sup>37</sup>.

Não obstante ao exposto acima, nosso ordenamento jurídico atual, não mais aplica as regras mencionadas, pois o magistrado ao sentenciar, não mais apenas observa o delito cometido, nem fixa completamente limitado ao caráter impositivo da lei, mas, sim deve ele, se ater tanto ao delito cometido, quanto ao agente infrator e deve se ter uma análise lógica e coerente de todas as circunstâncias que envolvem o fato e o agente, para que assim, possa se fazer justiça e se ter uma pena justa.

## **4.2. DA INDIVIDUALIZAÇÃO**

### **4.2.1 Introdução**

Partindo do princípio de que ninguém é igual a ninguém, surge um árduo problema, quando se trata do assunto fixação e aplicação da pena.

Segundo o doutrinador Guilherme de Souza Nucci, em sua obra *Individualização da Pena*, *individualizar* significa “tornar individual uma situação, algo ou alguém, quer dizer particularmente o que antes era genérico, tem o prisma de

---

37 NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*. Vol. 1, São Paulo: Saraiva., 32ª ed., 1997, p. 248.

especializar o geral, enfim, possui o enfoque de, evitando a estandardização, distinguir algo ou alguém, dentro de um contexto”.

Continuando, ainda, com os pensamentos do doutrinador, acima mencionado, individualizar a pena vem a ter o significado de eleger uma punição penal adequada e justa, levando em conta, o perfil e os efeitos que ficam pendentes sobre o sentenciado, tornando-o assim, “único e distinto dos demais infratores”, mesmo que sejam co-autores entre si<sup>38</sup>.

Ou seja, levando em conta as peculiaridades de cada agente que está para ser sentenciado, o juiz, ser humano que é, adotando a individualização da pena, deixa de lado seu absolutismo, seu subjetivismo e coloca em prática o real sentido de uma pena justa e adequada ao agente infrator.

Uma citação que vem a explicar bem nosso posicionamento do parágrafo anterior é de José Antonio Paganella Boschi:

O princípio da individualização da pena, que “visa a resguardar o valor do indivíduo” - precisa ser juridicamente considerado. A atitude implica reposicionamento do intérprete e do aplicador da lei penal perante o caso concreto e seu autor, vedadas as abstrações e as generalizações que ignoram o que o homem tem de particular<sup>39</sup>.

Portanto, o legislador fixa o mínimo e o máximo das sanções dos delitos, e o magistrado, valendo-se do princípio do livre convencimento, fixa e aplica, de maneira fundamentada, a pena ao caso concreto, realizando-se, assim, a verdadeira individualização da pena.

---

38 NUCCI, Guilherme de Souza. Individualização da Pena, São Paulo: RT, 2ª ed., 2007, p. 30.

39 BOCHI, José Antonio Paganella. apud NUCCI, Guilherme de Souza. Individualização da Pena, São Paulo: RT, 2ª ed., 2007, p. 30 e 31.

E em se tratando se individualização da pena, para o doutrinador Guilherme de Souza Nucci, há quatro modos de individualizá-la:

a) a pena determinada em lei, que não dá margem de escolha ao juiz; b) pena totalmente indeterminada, permitindo ao juiz fixar o *quantum* que lhe aprouver; c) pena relativamente indeterminada, por vezes fixando somente o máximo, mas sem estabelecimento do mínimo, bem como quando se prevê mínimos e máximos flexíveis, que se adaptam ao condenado conforme sua própria atuação durante a execução penal; d) pena estabelecida em lei dentro de margens mínima e máximo, cabendo ao magistrado eleger o seu *quantum*. Este último é, sem dúvida, o mais adotado e o que melhor se afeiçoa ao Estado Democrático de Direito<sup>40</sup>.

Pó outro lado, quanto as fases da individualização da pena, a maioria dos autores seguem o mesmo raciocínio, para Cezar Roberto Bitencourt, que segue o mesmo pensamento de Gilberto Ferreira<sup>41</sup>, dispõe que três são as etapas de individualização, sendo elas:

*Individualização legislativa* – processo através do qual são selecionados os fatos puníveis e cominadas as sanções respectivas, estabelecendo seus limites e critérios de fixação da pena; *individualização judicial* – elaborada pelo juiz na sentença, é a atividade que concretiza a individualização legislativa que cominou abstratamente as sanções penais, e, finalmente, *individualização executória*, que ocorre no momento no momento mais dramático da sanção criminal, que é o do seu cumprimento<sup>42</sup>.

Portanto, hoje em nosso Estado Democrático de Direito, o legislador fixa o mínimo e o máximo de pena para cada delito e deixa a critério do magistrado a aplicação da pena, que se valendo do princípio da motivação, no momento em que uma pessoa violar o ordenamento jurídico, o juiz tanto na fixação, quanto na aplicação

---

40 NUCCI, Guilherme de Souza. Individualização da Pena, São Paulo: RT, 2ª ed., 2007, p. 31.

41 FERREIRA, Gilberto. Aplicação da Pena. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 49 e 50.

42 BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal, Parte Geral, 1º Vol., 9ª ed., São Paulo: Saraiva, 2004, p. 605.

da pena, essa deve ser individualizada, para fins de proporcionalidade e efetividade da norma penal, tendo-se com isso a devida individualização da pena.

#### 4.2.2 Da individualização judicial

A individualização da pena vem a ser uma técnica jurídica muito importante, pois é através dela que o magistrado se aprofunda em todas as circunstâncias que envolvem o fato e o agente do delito e assim aplica o princípio da igualdade, onde se mantém o equilíbrio entre o fraco e o forte, na medida em que se desequilibram. Portanto, é com a individualização da pena, a individualização judicial, que o magistrado encontra a sanção necessária e suficiente para prevenir e reprovar o crime<sup>43</sup>, bem como estabelece o regime de cumprimento da pena privativa de liberdade, e quando for necessário, se manifesta sobre a substituição da pena por outras menos severas ou aplica um período de suspensão da pena<sup>44</sup>.

Entendimento jurisprudencial nesse sentido:

“O princípio da individualização da pena (Constituição, art. 5º, XLVI), materialmente, significa que a sanção deve corresponder às características do fato, do agente e da vítima, enfim, considerar todas as circunstâncias do delito. A cominação, estabelecendo grau mínimo e grau máximo, visa a esse fim, conferindo ao juiz, conforme o critério do art. 68, CP, fixar a pena *in concreto*. A lei trabalha com o gênero. Da espécie, cuida o magistrado. Só assim, ter-se-á Direito dinâmico e sensível à realidade, impossível de, formalmente, ser descrita em todos os pormenores. Imposição ainda da justiça do caso concreto, buscando realizar o direito justo” (STJ – 6ª T. – Resp. 151.837 – Rel. Luiz Vicente Cernicchiaro – DJU 22.06.1996, p. 193).<sup>45</sup>

---

43 FERREIRA, Gilberto. Aplicação da Pena. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 51.

44 NUCCI, Guilherme de Souza. Individualização da Pena, São Paulo: RT, 2ª ed., 2007, p. 44.

<sup>45</sup> FRANCO, Alberto Silva. Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial, Vol. 1, 7ª ed., São Paulo: RT, 2001, pp. 1026 e 1027.

## 5. FASES DA FIXAÇÃO DA PENA

### 5.1 Introdução

Em relação as fases da fixação da pena, em nosso direito penal brasileiro dois são os sistemas que sempre estiveram em análise, sendo eles: o método bifásico de Roberto Lyra e o método trifásico de Nélon Hungria.

### 5.2 Método bifásico

O defensor deste método bifásico é Roberto Lyra, para ele a fixação da pena deve dar-se em duas fases, sendo elas:

1ª Fase) O magistrado, na primeira fase, fixará a pena-base, levando em consideração as **circunstâncias judiciais** que estão elencadas no artigo 59, *caput*, do Código Penal, bem como as **circunstâncias legais** (agravantes e atenuantes) que estão elencadas no artigo 61, 62, 65 e 66 todos do Código Penal, passando em seguida para a segunda fase.

Ex: Acontecendo um homicídio, ou seja, artigo 121, do Código Penal, na fixação da pena-base o juiz observa que todas as circunstâncias do artigo 59, do Código Penal são favoráveis ao réu, e existe apenas uma agravante contra este. A pena nesta primeira fase será fixada, hipoteticamente, em sete anos, pois já terá sido considerada a agravante<sup>46</sup>.

---

46 TRISTÃO, Adalto Dias. Sentença Criminal: Prática de Aplicação da Pena e Medida de Segurança; 4ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 37.

2ª Fase) Na segunda fase, depois de fixada a pena-base, o magistrado analisa as causas de aumento ou diminuição da pena, que estão estabelecidas tanto na Parte Geral, como na Parte Especial do Código Penal, chegando-se assim, a pena definitiva. Valendo ressaltar, conforme escreveu Damásio de Jesus, “que não é necessária a segunda fase quando não houver causa de aumento ou de diminuição”<sup>47</sup>.

O Doutrinador Guilherme de Souza Nucci, em sua obra Individualização da Pena, defende que: “a fundamentação para este posicionamento consiste na coincidência das circunstâncias judiciais com as legais, não havendo razões sólidas para separá-las”<sup>48</sup>.

### **5.3 Método trifásico**

Nélson Hungria defende a idéia que a fixação da pena deve ser feita em três fases, sendo elas:

1ª Fase) Na primeira fase, atendendo as circunstâncias judiciais (artigo 59, Código Penal), o juiz fixa a pena-base.

Para Nélson Hungria, pena-base: “é o *quantum* encontrado pelo juiz com fundamento nas circunstâncias judiciais, abstraindo as circunstâncias legais genéricas (agravantes e atenuante) e as causas de aumento e de diminuição”<sup>49</sup>.

---

47 JESUS, Damásio de. Direito Penal, Parte Geral, 1º Vol., São Paulo: Saraiva, 27ª ed., 2003, p. 38.

48 NUCCI, Guilherme de Souza. Individualização da Pena, São Paulo: RT, 2ª ed., 2007, p. 165.

49 Comentários ao Código Penal, Forense, 1958, v. 2, p. 188 e 189, apud JESUS, Damásio de. Direito Penal, Parte Geral, 1º Vol., São Paulo: Saraiva, 27ª ed., 2003, p. 38, pág 587.

2ª Fase) Fixada a pena-base, o juiz passa, então, para a segunda fase, onde na qual analisará as circunstâncias legais dos artigos 61, 62, 65 e 66, todos do Código Penal (atenuantes e agravantes), elevando ou atenuando a pena-base.

3ª Fase) E por último, na terceira fase, o juiz fixará a pena definitiva levando em consideração as causas de aumento ou diminuição da pena, que estão estabelecidas na Parte Geral e Parte Especial do Código Penal.

A respeito do método trifásico, dispõe o doutrinador Guilherme de Souza Nucci, em sua obra *Individualização da Pena*, que: “Havendo a separação em três fases distintas, com a necessária fundamentação para cada uma delas, torna-se mais clara a fixação da sanção penal”<sup>50</sup>.

Portanto, para método trifásico, primeiramente o juiz utiliza-se da pena em abstrato, a qual é estabelecida a mínima e a máxima pelo legislador, e analisa as circunstâncias judiciais, artigo 59, do Código Penal, fixando, assim, a pena-base. Em segundo lugar, o juiz utiliza-se das agravantes e das atenuantes para elevar ou atenuar a pena-base e fixa a pena intermediária. E por último, o juiz analisa as causas de aumento e diminuição da pena e fixa a pena definitiva, ou seja, a pena concreta<sup>51</sup>.

Acrescentando, que alguns autores como Damásio de Jesus<sup>52</sup> e Fernando Capez<sup>53</sup>, defendem a existência, quando possível, de uma quarta fase na dosimetria da pena, sendo ela a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou multa, conforme artigo 59, inciso IV, Código Penal.

---

<sup>50</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da Pena*, São Paulo: RT, 2ª ed., 2007, p. 166.

<sup>51</sup> JESUS, Damásio de. *Direito Penal, Parte Geral, 1º Vol.*, São Paulo: Saraiva, 27ª ed., 2003, p. 587.

<sup>52</sup> JESUS, Damásio de. *Direito Penal, Parte Geral, 1º Vol.*, São Paulo: Saraiva, 27ª ed., 2003, p. 588.

<sup>53</sup> CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal, Parte Geral, 1º Vol.*, São Paulo: Saraiva, 10ª ed., 2006, p. 434.

Todavia, o doutrinador Guilherme de Souza Nucci<sup>54</sup> discorda do posicionamento acima, pois segundo ele, a fixação da pena é para se chegar a um *quantum* da pena privativa de liberdade ou da multa e não para delimitação dos benefícios legais que poderão ser admitidos conforme o caso concreto.

#### **5.4 Método adotado por nosso ordenamento jurídico**

Ambos os métodos, bifásico e trifásico, ganharam muitos adeptos e o assunto foi discutido na Conferência dos Desembargadores, realizada no Rio de Janeiro em 1943, e o método trifásico, de Nélson Hungria foi o vencedor, por 23 a 17 votos<sup>55</sup>.

Tanto é que, o então Ministro da Justiça Ibrahim Abi-Ackcel firmou no item 51 da exposição de motivos da nova parte do Código Penal que:

O projeto opta claramente pelo critério das três fases, predominante na jurisprudência do supremo Tribunal Federal. Fixa-se, inicialmente, a pena-base, obedecido o disposto no art. 59; consideravam-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 discriminação dos elementos incorporados à dosimetria<sup>56</sup>.

Logo, nosso Código Penal em seu artigo 68 adotando o sistema trifásico de Nélson Hungria dispõe que: “A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art.

---

<sup>54</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Individualização da Pena, São Paulo: RT, 2ª ed., 2007, p. 166.

<sup>55</sup> FERREIRA, Gilberto. Aplicação da Pena. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 56.

<sup>56</sup> ALMEIDA, José Eulálio Figueiredo de. Sentença Penal, Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 58.

59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; e por último, as causas de diminuição e de aumento”<sup>57</sup>.

Todavia, há divergência quanto ao método adotado por nosso ordenamento jurídico, Gilberto Ferreira discorda do método trifásico, em sua opinião: “o método preconizado por Roberto Lyra me parece ser o mais racional, porquanto faz o juiz economizar uma fase e elimina o risco da ocorrência de um *bis in idem*, com a consideração por duas vezes de uma mesma circunstância.”<sup>58</sup>

De outro lado, a maioria dos doutrinadores são adeptos e defendem a escolha do método trifásico, rebatendo a tese de risco de ocorrência do *bis in idem* exposta por Gilberto Ferreira. A exemplo de Damásio de Jesus que aduz:

O argumento segundo o qual o juiz poderia levar em conta duas vezes a mesma circunstância não nos parece correto. Basta que o juiz, ao fundamentar a sentença nos termos do art. 59, *caput*, deixe de levar em conta o motivo torpe, no exemplo dado, considerando-o na segunda fase, ao verificar a existência de circunstâncias agravantes. Não nos parece que o art. 59, *caput*, no caso apontado, exija *também* a agravação da pena em decorrência da torpeza do motivo determinante. Assim, inclinamo-nos pela opinião de Néelson Hungria<sup>59</sup>.

Divergências a parte, seguindo opinião do doutrinador Guilherme de Souza Nucci<sup>60</sup>, afiliamo-nos a corrente do sistema trifásico, afinal, quer nos parecer que o magistrado, valendo-se com o devido cuidado, nas três etapas da fixação da pena, vai

---

<sup>57</sup> Código Penal Brasileiro.

<sup>58</sup> FERREIRA, Gilberto. Aplicação da Pena. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 56.

<sup>59</sup> JESUS, Damásio de. Direito Penal, Parte Geral, 1º Vol., São Paulo: Saraiva, 27ª ed., 2003, p. 588.

<sup>60</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Individualização da Pena, São Paulo: RT, 2ª ed., 2007, p. 166.

expor ao réu a pena concreta, assim, diferenciando-o, individualizando-o frente aos demais réus de delitos semelhantes.

## 6. DETERMINAÇÃO DA PENA-BASE

### 6.1.1 Introdução

Segundo Gilberto Ferreira<sup>61</sup>, “a palavra base deriva do grego *básis* e literalmente significa a planta do pé. Daí que a palavra sugere a idéia de parte que servirá de apoio a alguma outra coisa, como a planta do pé que serve de apoio ao corpo. E é nesse exato sentido que o Código Penal a usou no art. 59.”

Desse modo, como bem ressaltou Guilherme de Souza Nucci<sup>62</sup> “a eleição da pena-base constitui o passo primeiro para a concretização da pena final do réu, conforme as circunstâncias envolventes do fato e de seu autor”.

### 6.1.2 Da fixação da pena-base

O doutrinador José Antonio Paganella Boschi apontou, brilhantemente, como proceder-se para a fixação da pena:

Pena-base, enfim, é aquela que atua como ponto de partida, ou seja, como parâmetro para as operações que se seguirão. A pena-base corresponde, então, a 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, atenuantes, majorantes ou minorantes<sup>63</sup>.

---

<sup>61</sup> FERREIRA, Gilberto. Aplicação da Pena. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 63.

<sup>62</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Individualização da Pena, São Paulo: RT, 2ª ed., 2007, p. 164.

<sup>63</sup> BOSCHI, José Antonio Paganella. Das Penas e Seus Critérios de Aplicação, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 186.

Logo, para a fixação da pena-base, deve-se levar em consideração, se as circunstâncias judiciais (artigo 59, Código Penal) foram favoráveis ao réu, a pena-base deve permanecer no mínimo legal. De outro lado, as circunstâncias judiciais forem desfavoráveis ao réu, a pena-base deve afastar-se do mínimo legal e aproximar-se de um termo médio chegando-se, assim, a uma pena-base concreta e justa.

E concluindo o raciocínio, o doutrinador Cezar Roberto Bitencourt<sup>64</sup> afirmou que: “De regra, o cálculo da pena deve iniciar próximo do mínimo e só excepcionalmente, quando as circunstâncias revelarem especial gravidade, se justifica a fixação da pena-base distanciada do mínimo legal.”

## **6.2 AS CIRCUNSTÂNCIAS**

### **6.2.1 Conceito**

Segundo o doutrinador Gilberto Ferreira<sup>65</sup>:

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

---

<sup>64</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal, Parte Geral, 1º Vol., 9ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 561.

<sup>65</sup> FERREIRA, Gilberto. Aplicação da Pena. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 63.

No mesmo sentido, para Damásio de Jesus<sup>66</sup>, “circunstância deriva de *circum stare*, ‘estar em redor’. E, ainda, acrescenta que: “tratando-se de crime, circunstância é todo fato ou dado que se encontra em redor do delito. É um dado eventual, que pode existir ou não, sem que o crime seja excluído”.

Acrescentando, os conceitos acima, José Antonio Paganella Boschi escreveu que:

A palavra “circunstância” 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 no crime.

Assim, chega-se a conclusão de que, as circunstâncias são dado objetivos ou subjetivos que fazem parte do caso concreto, “cuja a ausência não influi de forma alguma sobre a sua existência”<sup>67</sup>, elevando, atenuando, aumentando ou diminuindo a gravidade do crime sem, contudo, modificar-lhe a essência<sup>68</sup>.

### **6.2.2 Espécies**

As circunstâncias podem ser de duas espécies: objetivas ou subjetivas.

a) objetivas ou reais<sup>69</sup>; critérios específicos referentes ao fato<sup>70</sup>: que são as circunstâncias que dizem respeito aos aspectos objetivos do caso concreto, ou seja, são

---

<sup>66</sup> JESUS, Damásio de. Direito Penal, Parte Geral, 1º Vol., São Paulo: Saraiva, 27ª ed., 2003, p. 551.

<sup>67</sup> CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal, Parte Geral, 1º Vol., São Paulo: Saraiva, 10ª ed., 2006, p. 431.

<sup>68</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini, Manual de Direito Penal, Parte Geral, 1º vol., 15ª ed., São Paulo: Atlas, 1998, p. 291.

<sup>69</sup> CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal, Parte Geral, 1º Vol., São Paulo: Saraiva, 10ª ed., 2006, p. 431.

<sup>70</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Individualização da Pena, São Paulo: RT, 2ª ed., 2007, p. 204.

aquelas que estão relacionadas com os meios e modos de realização do crime. E são denominadas objetivas, tendo em vista que estão ligadas ao fato e não ao autor do delito. E, acrescenta, Guilherme de Souza Nucci que: “menos importantes que as subjetivas, não deixam de provocar aumento ou diminuição de pena, especialmente quanto estão solitárias, sem o confronto com as primeiras<sup>71</sup>”.

São Critérios específicos referentes ao fato ou circunstâncias objetivas ou reais: lugar e tempo do crime, objeto material, qualidades da vítima, meios e modos de execução e outras circunstâncias relacionadas ao delito<sup>72</sup>, bem como as circunstâncias do fato criminoso, conseqüências do fato criminoso e comportamento do ofendido<sup>73</sup>.

b) subjetivas ou pessoais<sup>74</sup>; critérios específicos referentes ao autor<sup>75</sup>: que são as circunstâncias que dizem respeito à pessoa do réu, não tendo qualquer relação com o delito.

Dispõe Guilherme de Souza Nucci que:

São denominadas circunstâncias subjetivas, porque referentes ao agente do crime, ocupando posição mais destacada e importante do que as consideradas circunstâncias objetivas, referentes ao fato criminoso. As subjetivas devem sempre prevalecer sobre as objetivas no caso de confronto, como indica claramente o art. 67 do Código Penal, afirmando serem prevalentes as que se vincularem à motivação, à personalidade do agente e à reincidência (esta última não deixando de ser manifestação da personalidade)<sup>76</sup>.

---

<sup>71</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Individualização da Pena, São Paulo: RT, 2ª ed., 2007, p. 204.

<sup>72</sup> CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal, Parte Geral, 1º Vol., São Paulo: Saraiva, 10ª ed., 2006, p. 431.

<sup>73</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Individualização da Pena, São Paulo: RT, 2ª ed., 2007, p.p. 204 e 205.

<sup>74</sup> CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal, Parte Geral, 1º Vol., São Paulo: Saraiva, 10ª ed., 2006, p. 431.

<sup>75</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Individualização da Pena, São Paulo: RT, 2ª ed., 2007, p. 175.

<sup>76</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Individualização da Pena, São Paulo: RT, 2ª ed., 2007, p. 175.

São critérios específicos referentes ao autor ou circunstâncias subjetivas ou pessoas: antecedentes, personalidades, conduta social, reincidência e motivos do crime.

### **6.2.3 QUANTO A APLICAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS**

#### **6.2.3.1 Das circunstâncias judiciais**

Essas circunstâncias não estão determinadas em lei, não merecendo grande valoração em termos quantitativos de pena, “embora, sejam muito importantes para a equação de tantas outras situações”<sup>77</sup>, onde o magistrado as fixará livremente obedecendo aos critérios fornecidos pelo artigo 59, do Código Penal.

#### **6.2.3.2 Das circunstâncias legais**

As circunstâncias legais estão previstas, expressamente, no Código Penal, onde é obrigatória sua aplicação. E são merecedoras de uma valoração um pouco superior às circunstâncias judiciais. São elas as: agravantes, atenuantes e <sup>78</sup>causas de aumento ou diminuição.

---

<sup>77</sup> FERREIRA, Gilberto. Aplicação da Pena. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 68.

<sup>78</sup> JESUS, Damásio de. Direito Penal, Parte Geral, 1º Vol., São Paulo: Saraiva, 27ª ed., 2003, pp. 554 e 555.

**a) agravantes e atenuantes** – previstas nos artigos 61 e 62 e 65 e 66, todos do Código Penal.

Por não terem padrões (índices) pré-fixados em lei, essas circunstâncias legais, ficam a caráter do magistrado a fixação do *quantum* de elevação ou atenuação para cada agravante ou atenuante, claro, sempre levando em conta o caso concreto.

**b) <sup>79</sup>causas de aumento ou diminuição** – estão previstas, por exemplo, nos artigos 14, parágrafo único, 16, 21, 26, parágrafo único, 28, § 2º, 29, §1º, 70 e 71, parágrafo único, todos do Código Penal.

De outro lado, quanto a essas circunstâncias legais, o Código Penal já prevê, expressamente, o *quantum* do aumento ou da diminuição de cada circunstância.

### **6.2.3.3 Das circunstâncias especiais ou específicas<sup>80</sup>**

As circunstâncias especiais ou específicas estão estabelecidas na parte especial, são elas: as qualificadoras e as causas específicas ou especiais de aumento e diminuição de pena.

**a) qualificadoras** – o legislador já pré-fixou seus limites máximos e mínimo estando elencadas nos próprios tipos penais, e geralmente estão tipificadas nos parágrafos desses, pois “têm por função alterar os limites de pena”,

---

<sup>79</sup> JESUS, Damásio de. Direito Penal, Parte Geral, 1º Vol., São Paulo: Saraiva, 27ª ed., 2003, p. 551.

<sup>80</sup> CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal, Parte Geral, 1º Vol., São Paulo: Saraiva, 10ª ed., 2006, p. 432.

formando, assim, o próprio delito, conforme aduziu Gilberto Ferreira<sup>81</sup> as qualificadoras: “deveriam receber valoração máxima, [todavia, o legislador] 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 delito”.

Exemplo: No homicídio “simples” (artigo 121, CP) a pena é de 6 a 20 anos de reclusão. Todavia, no homicídio qualificado (artigo 121, §2º, CP) a pena é de 12 a 30 anos de reclusão.

**b) causas específicas ou especiais de aumento e diminuição de pena** – o legislador, nessas circunstâncias, também já fixou a delimitação do *quantum* de aumento ou diminuição da pena e dizem respeito a delitos específicos previstos na parte especial do Código Penal.

Exemplo: No roubo “simples” (artigo 157, CP) a pena é de 4 a 8 anos de reclusão. De outro lado, no roubo majorado mediante concurso de pessoas (artigo 157, inciso II, CP) a pena deve ser aumentada de 1/3 até 1/2 conforme caso concreto.

Resumindo, portanto, segundo Gilberto Ferreira<sup>82</sup>, as circunstâncias são classificadas em:

- Judiciais – previstas no artigo 59, do Código Penal.
- Legais – previstas nos artigos, 61 e 62, e 65 e 66, todos do Código Penal.
- Especiais, também chamadas de causas de aumento ou diminuição de pena – previstas na parte geral e especial do Código Penal.

---

<sup>81</sup> FERREIRA, Gilberto. Aplicação da Pena. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 69.

<sup>82</sup> FERREIRA, Gilberto. Aplicação da Pena. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 70.

→ Qualificadoras – previstas na parte especial e catalogadas na categoria de crimes autônomos.

## **6.3 AS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS**

### **6.3.1 Conceito**

É a primeira fase da aplicação da pena, que ao final dela, surgirá a pena-base, sempre levando em consideração, que são as circunstâncias judiciais “que auxiliam o juiz na verificação da culpabilidade do sujeito”<sup>83</sup>.

São circunstâncias judiciais porque ficam a cargo da apreciação do juiz, são também conhecidas como circunstâncias inominadas, pois não foram elencadas taxativamente pelo legislador, uma vez que apenas forneceu parâmetros para a sua identificação, conforme dispõe o artigo 59, do Código Penal.

Em sua obra, Curso de Direito Penal, Fernando Capez<sup>84</sup> escreveu que:

Ficam a cargo da análise discricionária do juiz, diante de determinado agente e das características do caso concreto. Justamente pelo fato de a lei penal reservar ao juiz um considerável arbítrio na valoração das circunstâncias é que se faz necessário fundamentar a fixação da pena-base.

Assim, para Guilherme de Souza Nucci<sup>85</sup>, as circunstâncias “que não estiver expressamente prevista em lei como qualificadora, causas de aumento/diminuição ou

---

<sup>83</sup> JESUS, Damásio de. Direito Penal, Parte Geral, 1º Vol., São Paulo: Saraiva, 27ª ed., 2003, p. 556.

<sup>84</sup> CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal, Parte Geral, 1º Vol., São Paulo: Saraiva, 10ª ed., 2006, p. 435.

agravante/atenuante, pode servir ao magistrado para compor, livremente, mas com fundamento nas provas dos autos, o contexto das circunstâncias judiciais do art. 59”.

### **6.3.2 Importância**

O legislador, no artigo 59, do Código Penal, estabeleceu os fins da pena, pois determinou que seja ela estabelecida conforme for necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime, e a culpa do agente vem a ser a base, fundamental, para a devida individualização da sanção penal a ser estabelecida<sup>86</sup>.

Assim, as circunstâncias judiciais, na aplicação da pena, têm a sua devida importância, uma vez que “servem de critérios para a fixação da pena-base e para o estabelecimento do regime inicial de cumprimento de pena”<sup>87</sup>.

Finalizando, portanto, o autor Gilberto Ferreira<sup>88</sup>, escreveu que: “na verdade, os critérios estabelecidos no art. 59 – todos eles – se destinam a apurar qual o grau de reprovabilidade, representado por certa quantidade de pena, que o fato praticado está a merecer”.

---

<sup>85</sup> NUCCI, Guilherme de Souza, Código Penal Comentado, São Paulo: RT, 6ª ed., 2006, p. 353.

<sup>86</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini, Manual de Direito Penal, Parte Geral, 1º vol., 15ª ed., São Paulo: Atlas, 1998, p. 292.

<sup>87</sup> FERREIRA, Gilberto. Aplicação da Pena. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 70.

<sup>88</sup> FERREIRA, Gilberto. Aplicação da Pena. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 70.

### **6.3.3 As circunstâncias judiciais do artigo 59, do Código Penal**

Dessa forma, conforme já mencionado, o legislador, no artigo 59, do Código Penal, estabeleceu as quais são as circunstâncias judiciais, o qual dispõe ele que:

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<sup>89</sup>.

Passaremos, adiante, a analisar as circunstâncias judiciais do artigo 59, do Código Penal.

#### **6.3.3.1 DA CULPABILIDADE**

##### **6.3.3.1.1 TEORIAS SOBRE A CULPABILIDADE**

Em relação as teorias da culpabilidade, analisaremos, brevemente, apenas, as três principais, que ao longo do tempo tentam explicar a culpabilidade, são elas: as teorias psicológica, normativa e a normativa pura.

---

<sup>89</sup> Código Penal Brasileiro.

#### **6.3.3.1.1.1 Teoria psicológica**

Na antiguidade, era objetiva a responsabilidade penal, ou seja, cada delito correspondia a uma pena. Não se analisava a razão, os motivos, pelo cometimento do ilícito penal. Em suma, como dispõe Gilberto Ferreira<sup>90</sup>: “Era o dê-me o fato, que dar-te-ei uma pena”.

Logo, a culpabilidade era o nexó psicológico entre o fato e seu autor, e de outro lado, a imputabilidade, que era pressuposto da culpabilidade em si, eram o dolo e a culpa. Sendo adeptos a essa teoria: Buri, Von Liszt, Löffler e Rabruch, consoante lembrança de Roxin<sup>91</sup>.

#### **6.3.3.1.1.2 Teoria normativa da culpabilidade ou teoria psicológico-normativa<sup>92</sup>**

A teoria anterior apresentou algumas inconveniências, pois a culpabilidade não se resumiria, apenas, em um liame psicológico que ligaria o réu ao delito praticado. “Portanto, para que ocorresse culpa era necessário que houvesse um algo mais, ou seja,

---

<sup>90</sup> FERREIRA, Gilberto. Aplicação da Pena. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 72.

<sup>91</sup> BOSCHI, José Antonio Paganella, Das Penas e Seus Critérios de Aplicação, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 193.

<sup>92</sup> BOSCHI, José Antonio Paganella, Das Penas e Seus Critérios de Aplicação, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 193.

era necessário que além da conduta dolosa (ou culpa em sentido estrito) a conduta fosse censurável”<sup>93</sup>.

Como se pode observar, a esta teoria foi acrescentado um novo elemento: *a censura*, onde a partir daí a culpabilidade passaria a ter caráter dúplice, pois, conforme José Antonio Paganella Boschi<sup>94</sup> “seria vínculo *psicológico*, pela relação anímica já citada, e seria, ainda, *consciência do agente* em torno da *censura proveniente da norma*, por provir desta a *criminalidade* do fato”.

Assim, contudo, o réu só seria condenado se fosse imputável, ou seja, que no momento da prática do delito tivesse consciência da ilicitude de sua conduta, bem como não poderia tê-lo praticado sem que pudesse agir de maneira diversa.

#### **6.3.3.1.1.3 Teoria normativa pura**

Nesta teoria o dolo e a culpa passam a integrar o tipo penal, a conduta do sujeito, e não mais a culpabilidade desse.

Na obra das Penas e seus Critérios de Aplicação, Paganella<sup>95</sup> mencionou quais foram os idealizadores desta teoria:

“A Reinhard Frank é atribuída a autoria da teoria normativa da culpabilidade, que foi aperfeiçoada, sobre as mesmas bases, por seus seguidores, Goldschmidt, Freudenthal, Mezger, com introdução de alguns

---

<sup>93</sup> FERREIRA, Gilberto. Aplicação da Pena. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 74.

<sup>94</sup> BOSCHI, José Antonio Paganella, Das Penas e Seus Critérios de Aplicação, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 193.

<sup>95</sup> BOSCHI, José Antonio Paganella, Das Penas e Seus Critérios de Aplicação, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 194.

aspectos novos: a 'contrariedade do dever' (Goldschmidt), a 'exigibilidade de conduta diversa' (Freudenthal) e a 'reprovabilidade' (Mezger).

Assim, ainda, como bem ressaltado por Paganella Boschi<sup>96</sup>: “a concepção normativa de culpabilidade só afirma que uma conduta culpável é reprovável porque o agente, por ser moralmente livre, podia atuar de outro modo (conteúdo formal da culpabilidade)”.

Portanto, a culpabilidade passou a ser composta pelos seguintes elementos<sup>97</sup>:

→ a imputabilidade;

→ a potencial consciência da ilicitude; e

→ a exigibilidade de conduta conforme o dever.

### **6.3.3.1.2 Conceito de culpabilidade**

Com base na breve exposição das principais teorias sobre a culpabilidade, acima exposta, pode-se, assim, chegar a um conceito de culpabilidade.

Para Gilberto Ferreira<sup>98</sup> culpabilidade é: “um juízo de reprovação que recai sobre o agente mentalmente sã, que praticou conscientemente um fato ilícito que poderia não praticar ou evitar, se quisesse”.

---

<sup>96</sup> BOSCHI, José Antonio Paganella, Das Penas e Seus Critérios de Aplicação, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 194.

<sup>97</sup> FERREIRA, Gilberto. Aplicação da Pena. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 76.

<sup>98</sup> FERREIRA, Gilberto. Aplicação da Pena. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p.p. 76 e 77.

### 6.3.3.1.3 A CULPABILIDADE E A REFORMA PENAL DE 1984

#### 6.3.3.1.3.1 Introdução

Dispõe Inácio de Carvalho Neto<sup>99</sup>, em sua obra *Aplicação da Pena*, que:

A Lei nº 7.209/84 substituiu as expressões **intensidade do dolo** e **grau de culpa**, que eram usadas no Código Penal de 1940, pela culpabilidade, sob a justificativa de que “graduável é a censura cujo índice, maior ou menor, incide na quantidade da pena”.

Dessa forma, resta nítido, que com a reforma penal de 1984, o legislador adotou, o sistema *vicariante*, onde a culpabilidade corresponde sempre a uma pena, ou seja, se o réu for culpável, receberá uma sanção, uma pena, e de outro lado, a periculosidade (quando inimputável o agente) corresponde a uma medida de segurança, ou seja, se constatado que o réu é perigoso, receberá uma medida de segurança.

Desse modo, vale ressaltar, que só haverá a pena se houver a culpa, onde, portanto, “a culpabilidade é a medida da pena”.<sup>100</sup>

Dispõe Damásio de Jesus<sup>101</sup> que: “O CP se refere à culpabilidade do agente como o primeiro critério diretivo da fixação da pena, indicando o grau de censurabilidade da conduta: quanto mais reprovável, maior deve ser a pena (culpabilidade é a medida da pena).”

---

<sup>99</sup> NETO, Inácio de Carvalho. *Aplicação da Pena*, 2º ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003, p.p. 33 e 34.

<sup>100</sup> FERREIRA, Gilberto. *Aplicação da Pena*. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 71.

<sup>101</sup> JESUS, Damásio de. *Direito Penal, Parte Geral, 1º Vol.*, São Paulo: Saraiva, 27ª ed., 2003, p. 556.

Finalizando, assim, que quanto a definição de culpabilidade, quer nos parecer que a de José Eulálio Figueiredo de Almeida é a mais completa, abrangendo todos os aspectos da culpabilidade, vejamos:

A culpabilidade é o grau de censura contido na ordem jurídica para reprovação da conduta do agente que, agindo contrariamente ao direito ou descuidando-se de um dever de diligência (omissão), dá causa à ocorrência de uma infração penal, ou contribuiu para a sua consumação, ou não impede que a mesma se consuma.<sup>102</sup>

Logo, a culpabilidade “é a medida que determina a fixação inicial da pena, limitando-a de conformidade com a reprovabilidade daquele ato”<sup>103</sup>.

#### **6.3.3.1.3.2 Da valoração da culpabilidade nas circunstâncias judiciais**

Da análise do item exposto acima, pode-se concluir que há “duas espécies de culpabilidade”, ou seja, uma utilizada primeiramente pelo magistrado para se constatar se o sujeito tem ou não que ser punido, onde se chega a essa conclusão, através da valoração dos elementos da culpabilidade em sentido estrito, logo, analisa em relação ao réu, as suas imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa, e outra que o magistrado analisa em um segundo momento, a culpabilidade em sentido lato, a qual aparece no momento da fixação da pena-base, quando o juiz faz a valoração quanto ao grau da reprovabilidade da conduta do sujeito,

---

<sup>102</sup> ALMEIDA, José Eulálio Figueiredo de, Sentença Penal, Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p.p. 61 e 62.

<sup>103</sup> POLINI, Ismair, Técnica Estrutural da Sentença Criminal, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002, p. 183.

pois, quanto maior a censura de sua conduta, mais o magistrado poderá fixar a pena-base acima do mínimo legal<sup>104</sup>.

Assim, sob esse vértice da valoração da culpabilidade nas circunstâncias judiciais, Guilherme de Souza Nucci concluiu que:

quando se encontra no momento de fixar a pena, o julgador leva em conta a culpabilidade em sentido lato, ou seja, a reprovação social que o crime e o autor do fato merecem. Ressalte-se que o legislador volta a exigir do juiz a avaliação da censura que ao crime é destinada – o que, aliás, demonstra que esse juízo não incide somente sobre o autor, mas também sobre o que ele cometeu -, justamente para norteá-lo na fixação da sanção penal merecida.<sup>105</sup>

No mesmo sentido, em se tratando da culpabilidade como circunstância judicial, Fernando Capez aduziu que:

Além do grau de dolo e culpa, todas as condições pessoais do agente, a avaliação dos atos exteriores da conduta, do fim almejado e dos conflitos internos do réu, de acordo com a consciência valorativa e os conceitos éticos e morais da coletividade, são consideradas pelo juiz, ao fixar essa circunstância judicial.<sup>106</sup>

Portanto, tratando da culpabilidade no momento da fixação da pena-base, ou seja, quando da valoração das circunstâncias judiciais, o magistrado leva em conta a culpabilidade não só em relação ao autor, como também em relação ao fato, verificando a intensidade da censura que deverá aplicar ao réu de acordo com sua conduta em relação ao delito cometido.

---

<sup>104</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Individualização da Pena, São Paulo: RT, 2ª ed., 2007, pp. 170 e 171.

<sup>105</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Individualização da Pena, São Paulo: RT, 2ª ed., 2007, p. 171.

<sup>106</sup> CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal, Parte Geral, 1º Vol., São Paulo: Saraiva, 10ª ed., 2006, p. 436.

Jurisprudência<sup>107</sup> nesse sentido:

“Para a exacerbação é permitido ao juiz, diante das circunstâncias judiciais, apreciar o alto grau de reprovabilidade da conduta” (STJ – 5ª T. – Rel. José Arnaldo da Fonseca – Resp. 195.222 – j. 02.09.1999 – DJU 11.10.1999, p. 83, e RT 773/552).

“Bem-analisada pelas instâncias ordinárias a prova da autoria e da materialidade, que confirmam que o paciente em co-autoria com servidor de cartório, falsificou vários alvarás para levantamento de depósitos judiciais, tudo a inferir o grau de culpabilidade e de reprovabilidade da conduta criminosa, o que é relevante em se tratando de crime contra a administração pública, de molde a justificar uma maior censura penal” (STF – HC 74588-1 – Rel. Ilmar Galvão – DJU de 07.02.97, p. 1.340).

### **6.3.3.2 DOS ANTECEDENTES**

#### **6.3.3.2.1 Introdução**

O assunto *antecedentes* é algo polêmico, uma vez que muitas são as opiniões sobre os antecedentes do réu.

Assim, quer nos parecer que o autor Ismair Roberto Poloni trouxe, em sua obra *Técnica Estrutural da Sentença Criminal*, uma melhor definição sobre os antecedentes do réu:

A verificação dos antecedentes do réu implica, como em todas as outras circunstâncias e elementos do crime, em buscar o grau de reprovabilidade de sua conduta criminosa, através de todos os atos (positivos ou negativos) praticados pelo mesmo, antes do crime que se está a apenar.

---

<sup>107</sup> FRANCO, Alberto Silva. Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial, Vol. 1, 7ª ed., São Paulo: RT, 2001, p. 1034.

### 6.3.3.2.2 Conceito

O Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo<sup>108</sup>, em nossa opinião, conceituou *antecedentes* do réu:

Antecedentes são todos os fatos ou episódios da *vita ante acta* do réu, próximos ou remotos, que possam interessar, de qualquer modo, à avaliação subjetiva do crime. Tanto os maus e os péssimos antecedente, como os bons e os ótimos. Em primeiro lugar, devem-se ter em conta os antecedentes judiciais.

A respeito do assunto, o doutrinador Guilherme de Souza Nucci dispõe que “trata-se de tudo o que ocorreu, no campo penal, ao agente antes da prática do fato criminoso, ou seja, sua vida pregressa em matéria criminal”.<sup>109</sup>

Logo, concluímos que, os *antecedentes* são os fatos anteriores a vida do agente, podendo ser eles positivos ou negativos.

### 6.3.3.2.3 DOS MAUS ANTECEDENTES

Não há unanimidade na doutrina sobre o que deve ou não ser considerado como maus antecedentes.

Em primeiro lugar, tem-se o posicionamento de alguns doutrinadores, que entendem que se configuram maus antecedentes os inquéritos policiais em andamento

---

<sup>108</sup> TACRim/SP, JUTACrim 87/127, apud TRISTÃO, Adalto Dias. Sentença Criminal: Prática de Aplicação da Pena e Medida de Segurança; 4ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 25.

<sup>109</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Individualização da Pena, São Paulo: RT, 2ª ed., 2007, p. 179.

ou já arquivados, bem como os processos criminais em andamento ou arquivados por absolvição do acusado.

Fernando Capez<sup>110</sup> aduziu ser notória, que a conduta social, do artigo 59, do Código Penal, é uma circunstância autônoma, onde os antecedentes do réu passaram a “significar, apenas, anterior envolvimento em inquéritos policiais e processos criminais”. Apontando, inclusive, em sua obra os defensores<sup>111</sup> dessa idéia, sendo eles Nelson Hungria, Paulo José da Costa Jr. e Roberto Lyra, e citando, ainda, os precedentes do Supremo Tribunal Federal, os quais embasaram sua opinião:

“O juiz, na avaliação dos antecedentes do réu, não fica sujeito às informações sobre a sua vida pregressa, vale dizer, se já foi preso ou respondeu a inquéritos policiais ou processos judiciais anteriormente, podendo, à vista das circunstâncias do crime de sua personalidade, medir seu grau de periculosidade e concluir não ter ele bons antecedentes, assim sem o direito de apelar em liberdade”<sup>112</sup>.

O art. 5º, LVII, da CF, não impede que se leve à conta de maus antecedentes do acusado, para fins do disposto no art. 59 do CP, a existência contra ele de inquéritos e processos criminais sem condenação transitada em julgada<sup>113</sup>.

Portanto, no entendimento do doutrinador Fernando Capez os:

---

<sup>110</sup> CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal, Parte Geral, 1º Vol., São Paulo: Saraiva, 10ª ed., 2006, p. 436.

<sup>111</sup> Respectivamente *Comentários*, cit., v. 5, p. 470; *Comentários ao Código Penal*, São Paulo, Saraiva, 1987, v. 1, p. 312; e *Comentário ao Código Penal*, Rio de Janeiro, Forense, 1942, v. 2, p. 182, apud CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal, Parte Geral, 1º Vol., São Paulo: Saraiva, 10ª ed., 2006, p. 437.

<sup>112</sup> STF, HC 74.500-8, Rel. Min. Carlos Velloso, DJU, 7-3-1997, p. 5402, apud CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal, Parte Geral, 1º Vol., São Paulo: Saraiva, 10ª ed., 2006, p.p. 436 e 437.

<sup>113</sup> STF, HC, 84.088/MS, Rel. Min. Gilmar Mendes, rel. P/ac. Min. Joaquim Barbosa, 29-11-2005. No mesmo sentido: HC 72.130-RJ, Rel. orig. Marco Aurélio, Rel. Pac. Min. Maurício Corrêa, j. 22-04-1996, *Boletim Informativo do STF*, n. 28, de 22 a 26-04-1996, p. 1.E, ainda, no mesmo sentido: STF, HC 73.394-8, Rel. Min. Moreira Alves, DJU, 4-3-1997, p. 8504, apud CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal, Parte Geral, 1º Vol., São Paulo: Saraiva, 10ª ed., 2006, p. 437.

anteriores envolvimento em inquéritos policiais e processos-crimes, mesmo que não tenha havido condenação, caracterizam maus antecedentes. Absolvição por insuficiência de provas (CPP, art. 386, VI, CP) também indica maus antecedentes<sup>114</sup>.

E, ainda, seguindo o posicionamento de Fernando Capez, Gilberto Ferreira defendeu a tese de que “não acredita haver ofensa à Constituição no fato de se considerar como antecedentes aqueles decorrentes de processos que ainda não transitaram em julgado.<sup>115</sup>” Seu ponto de vista, parte da premissa que, o legislador, no artigo 59, do Código Penal, permitiu ao magistrado que se considera em relação ao réu a sua “propensão ao crime”, ou seja, a possibilidade ou não dele delinquir, não levando em consideração se é ou não culpado do fato do qual está julgado. Tanto é que asseverou em sua obra *Aplicação da Pena* que:

Nessas condições, o simples envolvimento num fato criminoso, do qual foi absolvido por falta de provas, por exemplos, 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 judiciais as demais condenações que configurassem reincidência<sup>116</sup>.

Decisões jurisprudenciais nesse sentido<sup>117</sup>:

---

<sup>114</sup> CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal, Parte Geral, 1º Vol.*, São Paulo: Saraiva, 10ª ed., 2006, p. 437.

<sup>115</sup> FERREIRA, Gilberto. *Aplicação da Pena*. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 84.

<sup>116</sup> FERREIRA, Gilberto. *Aplicação da Pena*. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 85.

<sup>117</sup> FRANCO, Alberto Silva. *Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial, Vol. 1, 7ª ed.*, São Paulo: RT, 2001, p. 1042.

“Não é possuidor de bons antecedentes que, embora tecnicamente primário, é réu em ações penais em andamento, relevando personalidade dirigida à atuação criminosa, impondo-se a sua submissão à custódia processual” (STJ – 5ª T. – Rel. José Arnaldo da Fonseca – HC 10.786 – j. 04.11.1999 – DJU 29.11.1999, p. 181).

Em segundo lugar, há doutrinadores que não admitem a possibilidade exposta acima. Ressaltando, que a jurisprudência, também, não é uniforme quanto a este assunto, todavia, vem prevalecendo a idéia de “ser inadmissível a contabilidade negativa desses fatores, ou seja, processos criminais arquivados e em andamentos etc., como meio de influência sobre a dosagem da pena”<sup>118</sup>.

Em uma de suas decisões, o Supremo Tribunal Federal<sup>119</sup> assim se manifestou:

“HABEAS CORPUS – EXAME APROFUNDADO DE PROVAS – INADIMISSIBILIDADE – INJUSTIFICADA A EXACERBAÇÃO DA PENA PELO TRIBUNAL ‘A QUO’ COM BASE NA MERA EXISTÊNCIA DE PROCESSO DE QUE NÃO RESULTOU CONDENAÇÃO PENAL – OFENSA AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL CONSAGRADO NO ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO – CONCESSÃO DE ‘HABEAS CORPUS’ DE OFÍCIO PARA RESTABELECER A PENA FIXADA NA SENTENÇA DE 1º GRAU. O ato judicial de fixação da pena não poderá emprestar relevo jurídico-legal a circunstâncias que meramente evidenciem haver sido o réu, submetido a procedimento penal-persecutório, sem que deste haja resultado, com definitivo trânsito em julgado, qualquer condenação de índole penal, a submissão de uma pessoa a meros inquéritos policiais, ou, ainda, a perseguições criminais de que não haja derivado qualquer título penal condenatório, não se reveste de suficiente idoneidade jurídica para justificar ou legitimar a especial exacerbação da pena. Tolerar-se o contrário implicaria admitir grave lesão ao princípio constitucional consagrador da presunção de não-culpabilidade dos réus ou dos indiciados (CF, art. 5º, LVII). É inquestionável que somente a condenação penal transitada em julgado pode justificar a exacerbação da pena, pois, com ela, descaracteriza-se a presunção ‘juris tantum’ de não-culpabilidade do réu, que passa, então – e a partir desse momento – a ostentar o ‘status’ jurídico-penal de condenado, com todas as conseqüências legais daí decorrentes. NÃO PODEM REPERCURTIR CONTRA O RÉU SITUAÇÕES JURÍDICO-

---

<sup>118</sup> ALMEIDA, José Eulálio Figueiredo de, Sentença Penal, Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 68.

<sup>119</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal, Parte Geral, 1º Vol., 9ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 569.

PROCESSUAIS AINDA NÃO DEFINIDAS POR DECISÃO IRRECORRÍVEL DO PODER JUDICIÁRIO, ESPECIALMENTE NAQUELAS HIPÓTESES DE INEXISTÊNCIA DE TÍTULO PENAL CONDENATÓRIO DEFINITIVAMENTE CONSTITUÍDO” (STF, HC 68465/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ, 21 fev. 1992, p. 2694).

Nesse sentido, o doutrinador Guilherme de Souza Nucci afirmou sobre maus antecedentes que:

Levando-se em consideração que a constatação de antecedentes criminais proporciona a elevação da pena-base para quantificação acima do mínimo, parece-nos mais adequada e segura a posição que exige a comprovação de condenação definitiva, em homenagem ao princípio constitucional da presunção de inocência. Não se poderia aumentar a pena de quem foi anteriormente absolvido, fundado no fato de que possui *antecedente criminal*<sup>120</sup>.

Ainda, sob o mesmo prisma, Celso Delmanto defendeu a idéia de que:

Processos ou inquéritos em curso, mesmo com indiciamento: Não devem ser considerados como maus antecedentes, diante da garantia constitucional da presunção de inocência (CR/88, art. 5º, LVII; PIDCP, art. 14, 2; CADH, art. 8º, 2, 1ª parte). Processos com absolvição ou inquéritos arquivados: entendemos que não podem ser pesados em desfavor do agente, pois há a presunção de sua inocência. Processos com prescrição: tratando-se de prescrição da pretensão punitiva (da ação), não devem ser considerados contra o agente. Fatos posteriores ao crime: a conduta posterior ao crime, sem ligação com este, é estranha ao fato que está sendo julgado e não pode, por isso, ser nele considerada<sup>121</sup>.

Assim, restou, evidente, que há adeptos para ambas as opiniões, todavia, adotamos o posicionamento da segunda corrente, pois como bem afirmou Cezar Roberto Bitencourt “<sup>122</sup>sob o império de uma nova ordem constitucional, e

---

<sup>120</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Individualização da Pena, São Paulo: RT, 2ª ed., 2007, p. 181.

<sup>121</sup> DELMANTO, Celso, Código Penal Comentado, 6ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 110.

<sup>122</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto, Tratado de Direito Penal, Parte Geral, 1º Vol., 9ª ed., São Paulo: Saraiva, 2004, p. 609.

‘constitucionalizando o Direito Penal’, somente podem ser valoradas como ‘maus antecedentes` decisões condenatórias irrecorríveis”. Dessa forma, as demais investigações em sede policial, processos criminais em andamento, bem como os processos criminais em sede de recurso, não **devem** ser considerados, e por conseqüência, valorados como maus antecedentes. Posição esta discutível, todavia, é a que está sendo adotada, atualmente, pelo Supremo Tribunal Federal.

#### **6.3.3.2.4 DA REINCIDÊNCIA E OS ANTECEDENTES**

Antes de trabalharmos o tema, cabe a nós, a distinção entre ambos os institutos.

*Antecedentes*: são os fatos anteriores da vida do agente, podendo ser eles positivos ou negativos.

*Reincidência*: é “quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior”<sup>123</sup>, ressaltando, que não configurará a reincidência, “a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 anos”<sup>124</sup>.

Jurisprudência nesse sentido:

“O aumento da reprimenda, por força da reincidência, não se confunde com o referente aos maus antecedentes, pois enquanto estes autorizam a fixação da pena-base acima do mínimo, aquela, por se tratar de circunstância legal,

---

<sup>123</sup> Código Penal, artigo 63.

<sup>124</sup> Código Penal, artigo 64, inciso I.

deve agravá-la” (TACRIM-SP – AC – Rel. Passos de Freitas – RJD 22/309).<sup>125</sup>

Definido os conceitos, lógica é a conclusão de que, ambos os institutos incidiram na fixação da pena. <sup>126</sup>Todavia, os antecedentes serão observados em primeiro plano (1ª fase - pena-base), independentemente, se bons ou maus, mas, sempre serão analisados. De outro lado, a reincidência nem sempre será analisada, pois só será aplicada se estiver presentes nos autos, aplicação essa que se dará em segundo plano (2ª fase - pena intermediária).

#### **6.3.3.2.4.1 Da reincidência como maus antecedentes**

Quanto ao fato se deve ou não considerar a reincidência “prescrita”, conforme artigo 64, inciso I, do Código Penal como maus antecedentes, também, não há concordância na doutrina, assim, temos <sup>127</sup>duas posições:

→ 1º Posição: assegura que mesmo depois de transcorrido o lapso temporal de 5 anos estabelecidos no artigo 64, I, CP, a reincidência não mais pode ser considerada na segunda fase da aplicação da pena, como agravante, todavia, pode ser considerada como maus antecedentes. Essa idéia é defendida por Fernando Capez, o qual, ainda, citou um precedente do Supremo Tribunal Federal<sup>128</sup>:

---

<sup>125</sup> FRANCO, Alberto Silva. Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial, Vol. 1, 7ª ed., São Paulo: RT, 2001, p. 1049.

<sup>126</sup> ALMEIDA, José Eulálio Figueiredo de, Sentença Penal, Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 68.

<sup>127</sup> CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal, Parte Geral, 1º Vol., São Paulo: Saraiva, 10ª ed., 2006, p. 438.

<sup>128</sup> STF, DJU, 26-06-1992, p. 10106, apud CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal, Parte Geral, 1º Vol., São Paulo: Saraiva, 10ª ed., 2006, p. 438.

A existência de condenações penais anteriores irrecorríveis – mesmo revelando-se inaplicável a circunstância agravante de reincidência, ante o que dispõe o art. 64, I, do Código Penal – não inibe o Poder Judiciário de considerá-las, no processo de dosimetria da pena, como elementos caracterizadores de maus antecedentes judiciário-sociais do acusado.

→ 2ª Posição: defendem a idéia de que, uma vez decorrido o prazo do art. 64, I, CP, não poderá usar a reincidência como agravante, por lógica, seria incoerente utilizá-la como maus antecedentes, nesse contexto, já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça<sup>129</sup>, ao afirmar que: “também os antecedentes criminais não são perpétuos”.

O doutrinador Celso Delmanto afirmou que:

Condenação transitada em julgado antes do novo fato: como gera reincidência (CP, arts. 61, I, e 63), não deverá ser considerada, ao mesmo tempo, mau antecedente, para não constituir *bis in idem*. Caso o prazo depurador de cinco anos (CP, art. 64, I) já tenha passado, não deve igualmente ser considerada nos antecedentes, pois não seria coerente que a condenação anterior, não gerando mais reincidência, passasse a ser considerada mau antecedente.<sup>130</sup>

Ressaltamos, ainda, que além de ser filiado a essa corrente, Celso Delmanto foi mais além, escrevendo sobre a condenação por fato anterior, transitada em julgado após novo fato e afirmou, categoricamente, ser essa a única forma de maus antecedentes que pode ser considerada, pois, embora essa situação mencionada “não

---

<sup>129</sup> STJ, 6ª T., Resp 67.593-6-SP, apud CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal, Parte Geral, 1º Vol., São Paulo: Saraiva, 10ª ed., 2006, p. 438.

<sup>130</sup> DELMANTO, Celso, Código Penal Comentado, 6ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 110.

gere reincidência, sendo o acusado ´tecnicamente primário`, pode ser considerada como mau antecedente”<sup>131</sup>.

Por fim, quer nos parecer, que essa 2ª corrente é a mais sensata, pois uma vez que não se pode utilizar a reincidência como agravante, decorrido o prazo do artigo 64, I, CP, não se deve usá-la para a caracterização de maus antecedentes.

#### **6.3.3.2.4.1.1 Da existência de duas ou mais reincidência**

Pode acontecer que, no momento da análise da dosimetria, o magistrado se depare com a existência de duas ou mais reincidências.

Sobre esse aspecto, escreveu Guilherme de Souza Nucci que: “nada impede que o agente possua várias condenações anteriores, sendo lícito ao magistrado considerar uma delas para efeito de gerar reincidência e as demais, como maus antecedentes.”<sup>132</sup>

Logo, como afirmaram, em seus posicionamentos<sup>133</sup>, Guilherme de Souza Nucci e Inácio de Carvalho Neto, entendimento, os quais nos filiamos, não caracterizará *bis in idem* quando o magistrado usa uma reincidência como agravante e outra como maus antecedentes.

Entendimento jurisprudencial:

“Não há dupla apenação na consideração de circunstâncias judiciais referentes aos maus antecedentes e da agravante obrigatória da reincidência, que entra na segunda fase da operação dosimétrica, se as mesmas foram

---

<sup>131</sup> DELMANTO, Celso, Código Penal Comentado, 6ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 110.

<sup>132</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Individualização da Pena, São Paulo: RT, 2ª ed., 2007, p. 181.

<sup>133</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Individualização da Pena, São Paulo: RT, 2ª ed., 2007, p. 181 e NETO, Inácio de Carvalho. Aplicação da Pena, 2º ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 43.

geradas em processos distintos” (TJSP – Rel. – Hélio de Freitas – j. 10.11.1998 – RT 763/546).<sup>134</sup>

#### **6.3.3.2.5 Da prova dos maus antecedentes**

Quanto aos antecedentes do réu, para que estes possam ser considerados no momento da fixação da pena, “devem, naturalmente, estar comprovados nos autos, sejam eles bons ou maus”<sup>135</sup>.

José Antonio Paganella Boschi tratando desse assunto, escreveu que: “A prova dos maus antecedentes é aferível mediante certidão cartorária, contendo, [...], a indispensável referência, explícita, à data do trânsito em julgado da sentença pelo fato anterior”<sup>136</sup>.

#### **6.3.3.2.6 Da finalidade dos maus antecedentes**

Ante a tudo ao que foi exposto, chega-se a conclusão de que a finalidade dos maus antecedentes, assim como as demais circunstâncias do 59 “é simplesmente demonstrar a maior ou menor afinidade do réu com a prática delituosa”<sup>137</sup>, convencendo-se, assim, o magistrado se o réu “já foi envolvido em outros fatos

---

<sup>134</sup> FRANCO, Alberto Silva. Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial, Vol. 1, 7ª ed., São Paulo: RT, 2001, p. 1050.

<sup>135</sup> NETO, Inácio de Carvalho. Aplicação da Pena, 2º ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 48.

<sup>136</sup> BOSCHI, José Antonio Paganella. Das Penas e Seus Critérios de Aplicação, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 202.

<sup>137</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal, Parte Geral, 1º Vol., 9ª ed., São Paulo: Saraiva, 2004, p. 608.

delituosos, se é criminoso habitual, ou se sua vida anterior é isenta de ocorrências ilícitas, sendo o delito apenas um incidente esporádico<sup>138</sup> em sua vida.

### **6.3.3.3 DA CONDUTA SOCIAL**

#### **6.3.3.3.1 Introdução**

Cada ser humano tem um modo distinto, dos demais, de viver em sociedade, assim, o magistrado, tanto no momento da instrução criminal, como, e principalmente, no momento de sentenciar, necessita, não no sentido literal da expressão, conhecer o réu, “a fim de saber se merece uma reprimenda maior ou menor, daí por que a importância das perguntas que devem ser dirigidas ao acusado, no interrogatório, e às testemunhas, durante a instrução”.

Pois, tais aspectos que revelam sua conduta social, vêm a refletir no caráter do indivíduo, constituindo, assim, parâmetros para uma melhor compreensão “dos motivos que o levaram a delinquir, pois as circunstâncias judiciais, em realidade, interagem e são mutuamente esclarecedoras”<sup>139</sup>.

---

<sup>138</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de Direito Penal, Parte Geral, 1º vol., 15ª ed., São Paulo: Atlas, 1998, p. 293.

<sup>139</sup> BOSCHI, José Antonio Paganella. Das Penas e Seus Critérios de Aplicação, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 204.

### 6.3.3.3.2 Conceito

Quanto ao conceito de *conduta social*, entendemos que o doutrinador Guilherme do Souza Nucci<sup>140</sup> foi o que melhor trabalhou sobre o assunto, asseverou ele que esta:

É o papel do réu na comunidade, inserido no contexto da família, do trabalho, da escola, da vizinhança, dentre outros, motivo pelo qual além de simplesmente considerar o fator *conduta social* preferimos incluir a expressão *inserção social*. Não somente a conduta antecedente do agente em seus vários setores de relacionamento, mas sobretudo o ambiente no qual está inserido são capazes de determinar a justa medida da reprovação que seu ato criminoso possa merecer.

Antes da reforma de 1984, a conduta social era conceituada dentro do conceito dos antecedentes do agente. Todavia, após a tal reforma, ambas as circunstâncias judiciais passaram a ter conceitos distintos. Vejamos:

Os *antecedentes* penais abrangem os envolvimento penais do agente, pois, conforme já citado no título 5.5.3.1, esses são os fatos anteriores a vida do agente, podendo ser eles positivos ou negativos.

E de outro lado, a *conduta social* abrange o comportamento do agente no meio em que vive, podendo ser, nos ambientes familiar, profissional ou lazer.

---

<sup>140</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Individualização da Pena, São Paulo: RT, 2ª ed., 2007, p. 182.

### 6.3.3.3 Da valoração da conduta social

Ao analisar a conduta social do agente, deveria o magistrado, valorá-la não de acordo com o relacionamento “direito” com a sociedade “comum”, mas, sim, de acordo com a realidade na qual vive o réu.

O doutrinador José Paganella Boschi<sup>141</sup> menciona que:

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 saudáveis para o desenvolvimento das relações sociais”.

Portanto, uma vez que “é possível que determinado indivíduo, mesmo portador de antecedentes criminais, possa ser autor de atos beneméritos, ou de grande relevância social ou moral”<sup>142</sup>, o juiz ao valorar a conduta social, deve se ater, sempre que possível, a todos os elementos trazidos aos autos para que assim possa se ter uma justa valoração da conduta social do acusado.

O Supremo Tribunal Federal, bem como o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul já se manifestaram a respeito<sup>143</sup>:

---

<sup>141</sup> BOSCHI, José Antonio Paganella. *Das Penas e Seus Critérios de Aplicação*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 204.

<sup>142</sup> PRADO, Luiz Régis.; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Elementos de Direito Penal*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1996, vol. 1, p. 147, apud NETO, Inácio de Carvalho. *Aplicação da Pena*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 52.

<sup>143</sup> FRANCO, Alberto Silva. *Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*, Vol. 1, 7ª ed., São Paulo: RT, 2001, p. 1053.

“A conduta social do agente não autoriza que seja agravada a pena. Reflete, isto sim, na fixação desta última com pena-base, a teor do disposto no art. 68 do CP” (STF – HC – Rel. Marco Aurélio – RT 670/373).

“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” (STJ – RE – Rel. José Candido – RSTJ 17/472).

#### **6.3.3.3.4 Da prova da conduta social**

A respeito deste tema, o autor José Antonio Paganella Boschi<sup>144</sup> escreveu:

A prova da positiva ou negativa conduta social do acusado provém, em geral, de depoimento. Eis por que os advogados, em geral, arrolam na defesa prévia as testemunhas “abonatórias”. Essa prova, evidentemente, pode ser produzida, ainda, por qualquer outro meio, como declarações públicas ou particulares, atestados, abaixo-assinados etc., sem restrições da garantia da presunção de inocência (...).

Todavia, como se nota, em nossa realidade, as vezes por descuido ou má-fé das partes, nem sempre o processo crime oferece as informações necessárias para se checar ao certo a “verdadeira” conduta social do agente.

---

<sup>144</sup> BOSCHI, José Antonio Paganella. Das Penas e Seus Critérios de Aplicação, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 205.

### 6.3.3.4 DA PERSONALIDADE

#### 6.3.3.4.1 Introdução

Segundo Guilherme de Souza Nucci<sup>145</sup>: “o termo *personalidade* deriva de *persona*, que significa máscara, referindo-se às máscaras utilizadas pelo atores nos dramas gregos, buscando dar significado aos papéis que representavam”.

Partindo da premissa de que a maioria de nós avaliamos a personalidade de uma pessoa através dos defeitos e qualidades que essa possui, chegamos a uma visão *latu sensu* do que vem a ser a personalidade. Porém, veremos adiante, que a personalidade não se trata, tão e simplesmente, dessa visão *latu sensu*.

Dispõe José Paganella Boschi que:

Nesse vir-a-ser da personalidade, Myra y Lopes lembra que ela evolui em cinco grandes etapas: durante a infância, a juventude, o estado adulto, a maturidade e a senilidade, estruturando seus elementos (o *id*, o *ego* e o *superego* em meio a desejos, atitudes, ansiedade, frustrações, controle/descontrole crítico etc)<sup>146</sup>.

---

<sup>145</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Individualização da Pena, São Paulo: RT, 2ª ed., 2007, p. 186.

<sup>146</sup> BOSCHI, José Antonio Paganella. Das Penas e Seus Critérios de Aplicação, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 207.

#### 6.3.3.4.2 Conceito

Usaremos a definição de José Antonio Paganella Boschi<sup>147</sup> para conceituar *personalidade*. Declarou o mencionado autor que:

Como ensina Kaplan, Sadock & Gedd, por *personalidade* há que se compreender dinamicamente a “totalidade dos traços ecomocionais e comportamentais que caracterizam o indivíduo em sua vida cotidiana, sob condições normais”. E assim o é porque, como diria Myra y Lopez, “a pessoa é uma, inteira e indivisa e como tal deve ser estudada e compreendida pela ciência”, sendo inviável estabelecer-se, então, pela fluidez e diversidade, um padrão *a priori* de personalidade.

#### 6.3.3.4.3 QUANTO A VALORAÇÃO

Segundo José Eulálio Figueiredo de Almeida<sup>148</sup> “uma personalidade criminológica incontrolável e irrecuperável determina necessariamente o juízo de periculosidade do réu”. Assim, dispõe o professor e criminólogo Jason Albergaria que:

A maior parte dos traços da personalidade do criminoso liga-se ao egocentrismo: a incapacidade de julgar um problema moral colocando-se num ponto de vista diferente do pessoal; falta de consideração pelo próximo; atitudes críticas e acusadoras; falta de sentimento de responsabilidade e de culpabilidade. Outros traços ilustram especificamente a imaturidade pessoal: inaptidão de renunciar à satisfação imediata, à custa da segurança e apesar da perspectiva de uma punição, insuficiência de controle emocional, insuficiência de julgamento, autocrítica e utilização de experiências passadas.<sup>149</sup>

---

<sup>147</sup> BOSCHI, José Antonio Paganella. Das Penas e Seus Critérios de Aplicação, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 206.

<sup>148</sup> ALMEIDA, José Eulálio Figueiredo de. Sentença Penal, Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 77.

<sup>149</sup> *Criminologia: teórica e prática*. Rio de Janeiro: Aide, 1998, p. 1212, apud ALMEIDA, José Eulálio Figueiredo de. Sentença Penal, Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 77.

Ainda, nesse sentido, defende Aníbal Bruno, citado por Alberto Silva Franco<sup>150</sup>,

que:

(...) a consideração da personalidade do criminoso impõe a de seu meio circulante, das condições em que se formou e em que vive. Encontraremos aí muito elemento para discerni-la e explicá-la, porque sabemos que a personalidade não é uma figura estática, uma vez por todas definida, mas resulta de um processo contínuo, em que sobre o herdado se vai externando, para completá-lo ou modificá-lo, o adquirido através do curso da existência, sob as pressões estimulantes ou traumatizantes do meio no qual se trava o debate da vida. O mundo circundante permanente e o mundo circundante ocasional dentro do qual fez eclosão o episódio criminoso.

#### **6.3.3.4.3.1 Da possibilidade da aferição da personalidade**

É bem certo que é o magistrado o competente para a valoração da personalidade, tanto é que está estabelecido no artigo 59, CP as circunstâncias que deve este valorar.

Surge, então, a divergência se tem ou não o juiz a possibilidade de aferir a personalidade do agente na fixação da pena, ou seja, se o este está capacitado para realizar tal valoração.

De um lado, temos um posicionamento de que o magistrado tem possibilidade de fazer tal valoração, Guilherme de Souza Nucci<sup>151</sup> asseverou que:

O juiz não precisa ser um técnico para avaliar a personalidade, bastando o seu natural bom senso, utilizando, inclusive e sempre, para descobrir a própria culpa do réu. Inexiste julgamento perfeito, infalível, pois sempre se trata de simples justiça dos seres humanos, de modo que o critério para

---

<sup>150</sup> *Lições de direito penal. A nova oarte geral.* 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 336, apud ALMEIDA, José Eulálio Figueiredo de. *Sentença Penal*, Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 79.

<sup>151</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da Pena*, São Paulo: RT, 2ª ed., 2007, p.p. 192 e 193.

analisar o *modo de ser e agir* de alguém constitui parte das provas indispensáveis que o magistrado deve recolher.

[...]

Não se exige que o magistrado seja um autêntico psicólogo para avaliar a personalidade, afinal, essa análise não tem a finalidade de conferir ao réu um tratamento qualquer, mas sim aplicar-lhe uma pena pelo crime reconhecidamente cometido.

E, ainda, o mesmo doutrinador concluiu que “a personalidade que se deve levar em conta para a fixação da pena é aquela manifestada no fato cometido, só devendo ser apreciada sob o ponto de vista do direito”<sup>152</sup>.

Acrescentando e corroborando com o pensamento acima, o doutrinador Gilberto Ferreira<sup>153</sup> menciona que o legislador ao estabelecer sobre a análise da personalidade, “não pretendeu que esta fosse feita com o rigor e o conhecimento que se exigiria de um especialista em psicologia ou psiquiatria”, sendo que para ele, a pretensão do legislador foi a de que o magistrado deve levar em conta a índole, modo de sentir, agir, grau de entendimento do réu para prática de crimes.

De outro lado, temos o posicionamento contrário, ou seja, o de que, por não ser o magistrado psicólogo, não tem ele, a devida tecnicidade de aferir a personalidade do agente.

Nesse sentido, Guilherme de Souza Nucci menciona a corrente contrária a da qual ele se filia, escreveu ele que:

Há variadas críticas no tocante ao elemento *personalidade*, que serve de base à avaliação da culpabilidade, inclusive sob a alegação de que é impossível ao juiz elaborar um diagnóstico preciso acerca da personalidade de alguém. Assevera-se que a avaliação desse fator na fixação da pena-base provoca um juízo de censura incidente sobre o que o agente é ou pensa e não apenas

---

<sup>152</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Individualização da Pena, São Paulo: RT, 2ª ed., 2007, p. 196.

<sup>153</sup> FERREIRA Gilberto, Aplicação da Pena, Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 88.

sobre o que ele realizou, o que seria uma forma indevida de culpabilidade do autor ou pelo modo de vida.<sup>154</sup>

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul<sup>155</sup> já decidiu nesse sentido:

“(...) juízes não têm habilitação técnica para proferir juízos de natureza antropológica, psicológica ou psiquiátrica, não dispondo o processo judicial de elementos hábeis (condições mínimas) para o julgador proferir ‘diagnósticos’ desta natureza.

### **6.3.3.5 DOS MOTIVOS DO CRIME**

#### **6.3.3.5.1 Introdução**

Primeiramente, nos cabe ressaltar que, não se pode dizer que há uma conduta sem um motivo, previamente, justificado.

Quanto a origem da palavra *motivo*, Gilberto Ferreira escreveu que: “deriva do latim *motivu*, no sentido de motor, mover, impulsionar”<sup>156</sup>.

#### **6.3.3.5.2 Da definição de *motivos do crime***

Segundo os ensinamentos de Guilherme de Souza Nucci, motivo é:

---

<sup>154</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Individualização da Pena, São Paulo: RT, 2ª ed., 2007, p. 191.

<sup>155</sup> TJRS, Ap. 7000512795, 5ª C., rel. Amilton Bueno de Carvalho, Boletim IBCCRIM n. 129, p. 722-723, apud NUCCI, Guilherme de Souza. Individualização da Pena, São Paulo: RT, 2ª ed., 2007, p. 191.

<sup>156</sup> FERREIRA Gilberto, Aplicação da Pena, Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 90.

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. No contexto do art. 59, segundo nos parece, vale-se a norma penal da palavra *motivos* (no plural) indicando, portanto, um plexo de situações psíquicas, que faz alguém agir criminosamente. Esse contexto psíquico é rico de elementos harmônicos, podendo representar tanto a causa do delito como a finalidade a ser atingida pelo agente.<sup>157</sup>

<sup>158</sup>Todavia, pode ocorrer dos motivos do crime constituírem também uma das circunstâncias agravante ou atenuante, qualificadora ou privilegiadora, ou, ainda, causas de diminuição ou aumento de pena. Porém, se porventura, aqueles constituírem umas daquelas citadas, deve o magistrado, a fim de evitar o *bis in idem*, não utilizá-los na primeira fase, mas, sim na fase em que eles se encaixarem, podendo ser na segunda fase, se agravantes ou atenuantes, na terceira fase, se causas de aumento ou diminuição da pena, ou ainda, utilizá-los para qualificar ou privilegiar o crime.

Por fim, todo crime tem um motivo, sendo ele nobre ou não, porém é da valoração da nobreza ou não deste, que o magistrado, na análise do artigo 59, do Código Penal, eleva ou diminuiu a pena-base levando em conta os motivos do crime.

### **6.3.3.6 DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO FATO**

#### **6.3.3.6.1 Introdução**

Circunstâncias para Guilherme de Souza Nucci<sup>159</sup> “são os elementos acidentais não participantes da estrutura do tipo, embora envolvendo o delito”.

---

<sup>157</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Individualização da Pena, São Paulo: RT, 2ª ed., 2007, p. 198.

<sup>158</sup> ALMEIDA, José Eulálio Figueiredo de. Sentença Penal, Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 84.

<sup>159</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Individualização da Pena, São Paulo: RT, 2ª ed., 2007, p. 204.

O legislador cometeu um equívoco ao usar a palavra *circunstâncias* em diferentes sentidos.

O doutrinador José Antonio Paganella Boschi afirmou que:

O legislador talvez pudesse ter adotado a expressão particularidades do fato”, para evitar as eventuais confusões que o uso reiterado do termo “circunstâncias” possa trazer ao menos atentos, especialmente diante de conhecida regra hermenêutica que afirma não poder conferir significados diferentes à mesma palavra.<sup>160</sup>

### 6.3.3.6.2 Definição

Embora muitas sejam as definições de *circunstâncias do crime*, quer nos parecer que a que melhor delas é a do doutrinador José Eulálio Figueiredo de Almeida, o qual escreveu que:

As circunstâncias do crime são elementos ou dados, tidos como acessórios ou acidentais (*accidentalia delicti*), que cercaram a ação delituosa e, embora não integrem ou componham a definição legal do tipo exercem influência sobre a quantidade ou qualidade da pena, quer para exasperá-la quer para mitigá-la. Pode-se, então, dizer, sem equívocos, que as circunstâncias do crime a que nos reportamos qualificam ou quantificam o injusto ou a culpabilidade.<sup>161</sup>

Além do exposto, Nélon Hungria<sup>162</sup> acrescentou que: “A expressão ‘circunstância do crime’ tem sentido estrito, como espécie das circunstâncias

---

<sup>160</sup> BOSCHI, José Antonio Paganella. Das Penas e Seus Critérios de Aplicação, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 214.

<sup>161</sup> ALMEIDA, José Eulálio Figueiredo de. Sentença Penal, Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 84.

<sup>162</sup> HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 1958, Apêndice, vol. 5, p. 476, apud Sérgio de Andréa Ferreira. *A técnica da Aplicação da Pena como instrumento de sua individualização nos Códigos de 1940 e 1969*. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 35 (grifo no original), apud NETO, Inácio de Carvalho. *Aplicação da Pena*, 2º ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 62.

criminais, apontando-se como exemplos os instrumentos do crime, seu tempo e lugar, 'a atitude ou estado de ânimo do réu antes, durante e após o crime`.

Jurisprudência no mesmo sentido:

“Procedência da impetração quanto à fixação da pena-base acima do mínimo legal, porquanto o aumento decorrente das circunstâncias do crime são anteriores e as contemporâneas deste e não as que a ele são posteriores na tentativa de eliminação de provas que incriminem o réu. Precedente do STF: HC 72. 815” (STF – 1ª T. – HC 76.092-3 – Rel. Moreira Alves – j. 05.12.1997 – DJU 08.05.1998, p. 4).

Não podemos esquecer, também, uma ressalva de suma importância, a qual foi bem exposta por Gilberto Ferreira:

As circunstâncias a que se refere o art. 59 são justamente aquelas que não receberam valoração mais graduada, que não foram elevadas à categoria de circunstâncias legais, causas especiais de aumento de pena e de diminuição e qualificadoras. Isto significa dizer que as demais excluem esta, devendo o juiz apreciá-las somente quando não for possível considerar as outras. Do contrário, haveria um *bis in idem*.<sup>163</sup>

Desse modo, de uma maneira resumida, circunstâncias do fato, são elementos residuais, “ou seja, quando não prevista a circunstância como qualificadora/causa de aumento ou privilégio/causa de diminuição, pode o juiz considerá-la como circunstância judicial<sup>164</sup>”, a qual é acessória “que não compõem o crime, mas influem sobre a sua gravidade, como o estado de ânimo do réu, as condições de tempo, lugar,

---

<sup>163</sup> FERREIRA Gilberto, Aplicação da Pena, Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 92.

<sup>164</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Individualização da Pena, São Paulo: RT, 2ª ed., 2007, p. 204.

maneira de agir, ocasião”<sup>165</sup>, circunstâncias as quais o magistrado irá valorar no momento da fixação da pena-base.

### **6.3.3.7 DAS CONSEQÜÊNCIAS DO CRIME**

#### **6.3.3.7.1 Introdução**

A conseqüência do crime é o mal causado pelo delito, que ultrapassa o próprio crime, e quanto maior essa “ultrapassagem”, maior será a valoração, pelo magistrado, na fixação da pena-base, onde levará em conta as circunstâncias judiciais.

#### **6.3.3.7.2 Definição**

Em se tratando das conseqüências do crime, o autor José Eulálio Figueiredo de Almeida fez uma brilhante definição sobre essas.

Ao se referir às conseqüências do crime, quis o legislador se reportar àquelas ditas extrapenais, que estão fora do tipo incriminador. O juiz, ao aplicar a pena, deve levá-las em conta, considerando na sua avaliação, repita-se, is efeitos da ação delituosa projetados além do ilícito penal e que digam respeito à culpabilidade do agente ou à gravidade do delito.<sup>166</sup>

---

<sup>165</sup> TRISTÃO, Adalto Dias. Sentença Criminal: Prática de Aplicação da Pena e Medida de Segurança; 4ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 26.

<sup>166</sup> ALMEIDA, José Eulálio Figueiredo de. Sentença Penal, Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 87.

Dessa forma, tomando como base na definição acima, não podemos esquecer que <sup>167</sup>“além das conseqüências relacionadas diretamente à vítima e seus familiares, deve ser olhado o alarme social, a grande ou pequena repercussão do fato”.

### **6.3.3.8 DO COMPORTAMENTO DA VÍTIMA**

#### **6.3.3.8.1 Introdução**

Durante muito tempo não se levava em consideração o comportamento da vítima, porém, hoje em dia, devido a reforma penal da Lei 7.209/84, não só se considera tal comportamento, como o legislador o inseriu como uma das circunstâncias judiciais do artigo 59, do Código Penal.

Inclusive, como bem afirmou Julio Fabrinni Mirabete: “estudos da vitimologia demonstram que as vítimas podem ser ‘colaboradoras’ do ato criminoso, chegando a falar-se em ‘vítimas natas’ (personalidades, insuportáveis, criadoras de casos)”.

#### **6.3.3.8.2 Conceito de vítima<sup>168</sup>**

“A palavra vítima deriva do *vincere*, vencer, triunfar, superar ou de *vincire*, sacrifício de animais aos deuses e significa, portanto, o vencido, o dominado, o superado”.

---

<sup>167</sup> TRISTÃO, Adalto Dias. Sentença Criminal: Prática de Aplicação da Pena e Medida de Segurança; 4ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 27.

<sup>168</sup> FERREIRA Gilberto. Aplicação da Pena, Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 97.

Logo, vítima, para o Direito Penal, é o sujeito passivo do delito praticado pelo réu.

#### **6.3.3.8.3 Classificação das vítimas**

Edgard de Moura Bittencourt<sup>169</sup> classificou as vítimas:

- a) vítimas completamente inocentes, designadas vítimas ideais: <sup>170</sup>são as vítimas que em nada contribuíram para prática do delito.
- b) vítimas menos culpadas do que o delinqüente, chamadas vítimas por ignorância.
- c) vítimas tão culpadas como o delinqüente, chamadas de provocadoras: são as vítimas que provocam o réu e este pratica o delito, devido a injusta provocação daquela.
- d) vítimas mais culpadas do que o delinqüente, chamadas de pseudovítimas. E,
- e) vítimas como únicas culpadas, ou agressoras.

---

<sup>169</sup> Ver *Vítima*, Editora Universitária de Direito, São Paulo pp. 58-61, apud FERREIRA Gilberto, *Aplicação da Pena*, Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 99.

<sup>170</sup> NETO, Inácio de Carvalho. *Aplicação da Pena*, 2º ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 72.

#### 6.3.3.8.4 Da valoração

Fernando Capez asseverou que “<sup>171</sup>embora inexista compensação de culpas em Direito Penal, se a vítima contribuiu para a ocorrência do crime, tal circunstância é levada em consideração, abrandando-se a apenação do agente”.

No mesmo sentido, Mirabette ressalta, que “<sup>172</sup>tais comportamentos da vítima, embora não justifique o crime, diminuem a censurabilidade da conduta do autor do ilícito, implicando abrandamento da pena”.

Portanto, cabe ao magistrado a valoração, quanto ao comportamento da vítima, pois, quanto mais essa contribuiu para a ocorrência do ilícito penal, menor será a pena do agente em virtude desta circunstância.

De outro lado, Guilherme de Souza Nucci defende que “ao aplicar a pena, o juiz deve considerar a possibilidade de elevação da pena-base quando a vítima encaixa-se no perfil da ‘vítima ideal’, que em nada contribuiu para a realização do delito<sup>173</sup>”.

Então, tratando-se de uma pessoa recatada e tímida, que está no descanso do seu lar e é agredida sexualmente pelo réu, “é natural que a pena seja exasperada, pois a vítima não deu, de modo algum, margem ao ataque sofrido”<sup>174</sup>.

---

<sup>171</sup> CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal, Parte Geral, 1º Vol., São Paulo: Saraiva, 10ª ed., 2006, p. 439.

<sup>172</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de Direito Penal, Parte Geral, 1º vol., 15ª ed., São Paulo: Atlas, 1998, p. 294.

<sup>173</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Individualização da Pena, São Paulo: RT, 2ª ed., 2007, p. 208.

<sup>174</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Individualização da Pena, São Paulo: RT, 2ª ed., 2007, p. 206.

Portanto, quando a vítima não colabora, em nada, para o acontecimento do delito, o magistrado, deveria, em tese, elevar a pena do agente, todavia, é notório que isso não acontece em nosso cotidiano, deixando assim, o juiz uma falha ao individualizar a pena do réu.

Assim, o magistrado ao analisar as circunstâncias judiciais, deve levar em consideração o comportamento da vítima, antes ou durante o fato criminoso, ou seja, o quanto essa colaborou ou deixou de colaborar para a prática do delito, para que então, se dê a correta valoração dessa circunstância, elevando ou reduzindo a pena conforme a colaboração ou não do ofendido no caso concreto.

## **7. QUANTIDADE DA PENA**

### **7.1 Introdução**

Deve o magistrado, ao fixar a pena-base, sempre, respeitar aos limites legais, penas mínima e máxima, que lhe foi imposto pelo legislador no artigo 59, inciso II, do Código Penal.

Art. 59 – O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime:

II – a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos.

### **7.2 Do *quantum* relativo a cada circunstância judicial**

Quando o magistrado se depara com o caso concreto, o qual todas as circunstâncias judiciais são favoráveis ao réu, pode aquele aplicar a este, a pena mínima, estabelecida pelo legislador, para aquele delito, se tal medida atender a necessidade e a suficiência da pena, partindo, assim, para as próximas fases da dosimetria, com a pena-base no mínimo legal. Do mesmo modo, pode proceder se todas as circunstâncias forem desfavoráveis, claro, que nesse caso, a pena-base poderia ser fixada até o máximo legal.

Todavia, a grande divergência está quando o julgador se depara com um caso concreto, o qual tem tanto circunstâncias judiciais favoráveis, como desfavoráveis ao

réu, o que é o mais comum na atualidade. Surge, então, a grande questão: qual deve ser a atitude do magistrado ao valorar cada circunstância judicial?

Uma parte da doutrina defende a tese de que deve o magistrado ao verificar a presença de circunstâncias favoráveis e desfavoráveis ao réu, no mesmo caso concreto, aquele deve adotar um parâmetro pré-estabelecido pelos doutrinadores.

Explicam tal parâmetro da seguinte maneira, utiliza-se a diferença entre a pena mínima e máxima fixada em abstrata, e dessa diferença a divide por oito, que vem a ser o total das circunstâncias do artigo 59, CP.

Defendem esse aspecto, sob o ponto de vista que, partindo-se deste parâmetro, de 1/8 da diferença da pena entre o máximo e o mínimo cominado em abstrato, o réu não ficará vinculado ao puro subjetivismo do julgador, uma vez que tem este que se basear no resultado encontrado do cálculo estabelecido.

Fundamentam, ainda, os adeptos dessa teoria, que não é a intenção deles estabelecerem, na dosagem da pena-base, cálculos matemáticos, no sentido literal, mas, sim, apenas propõem aos magistrados um amparo técnico para que se cumpra o preceito constitucional da individualização da pena.

O doutrinador Inácio de Carvalho Neto<sup>175</sup> é um dos defensores dessa idéia, asseverou que:

Não se pretende com isso conferir aspecto puramente matemático à aplicação da pena; isto não seria possível, porque as relações sociais não se podem subsumir a critérios matemáticos. Pretende-se apenas conferir algum critério-técnico para a fixação da pena-base, de modo a que se cumpra, na segunda fase, o dispositivo constitucional que prevê a individualização, que foi perfeitamente cumprida no primeiro momento pelo legislador infraconstitucional.

---

<sup>175</sup> NETO, Inácio de Carvalho. Aplicação da Pena, 2º ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 112.

Acompanhando o mesmo pensamento, o juiz Mário Helton Jorge<sup>176</sup>, e escreveu em seu artigo “A quantificação da Pena em Face das Circunstâncias” que:

Assim considerando, pode-se afirmar que cada *circunstância judicial* pode *eleva*r a pena mínima *em até 1/8* da variação prevista no tipo penal. Exemplificando: no crime de lesão corporal seguida de morte (art. 129, § 3º, CP) a pena mínima é de 04 anos e a máxima é de 12 anos, de reclusão. A diferença entre os extremos é de 8 anos. Cada circunstância judicial tem peso de até 01 ano ( 8 anos:8 circunstâncias =1ano) na fixação da pena-base.

[...]

O que se admite concluir, no contexto, é que a fixação da pena-base ficaria mais transparente, se o julgador destacasse a quantidade de pena correspondente a cada circunstância judicial - que não pode ultrapassar a 1/8 da variação entre o mínimo e o máximo da pena prevista *in abstracto* - o que facilitaria o exame de sua correção, ou seja, se bem dosada, evitando-se a elaboração de outros cálculos aritméticos.

De outro lado, tem-se a maioria da doutrina, que defende a tese de que o magistrado na primeira fase, no momento da valoração de cada circunstância deve atender ao seu subjetivismo, todavia, de maneira fundamentada.

Ou seja, o julgador analisa cada uma das circunstâncias de maneira subjetiva, valorando ou não cada circunstância judicial, porém, fundamentando uma a uma, expondo a quantidade da elevação ou redução, bem como os motivos, os quais o levarão a chegar a determinada valoração de se elevar ou reduzir a sanção penal.

Nesse sentido, José Antonio Paganella Boschi<sup>177</sup> afirma que:

Conquanto fundadas as preocupações externadas por Carvalho, há pouco registradas, convém anotar que é por poder valorar as circunstâncias judiciais em cada situação concreta que o juiz consegue graduar a

---

<sup>176</sup> JORGE, M.H. A quantificação da pena em face das circunstâncias. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 285, 18 abr. 2004. Disponível <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texti.asp?id=5095>. acesso em: 09 de maio de 2008.

<sup>177</sup> BOSCHI, José Antonio Paganella. Das Penas e Seus Critérios de Aplicação, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 188 e 189, respectivamente.

culpabilidade, não de um imaginário homem médio, mas do homem de carne e osso, acusado no processo, considerando, ainda, todas as singularidades do fato, e não as de qualquer fato. É nesse contexto que o princípio da igualdade de tratamento de todos perante a lei se harmoniza com o da individualização da pena e enseja a conciliação da igualdade com a diferença.

(...)

A valoração da circunstância judicial – que outra coisa não é senão o processo de determinação da respectiva carga de valor, positiva ou negativa – exige fundamentação minuciosa porque só, assim, como lembra Alberto Franco, “será possível controlar o processo mental do juiz, na atividade concretizadora da pena, para a localização e individualização de eventuais erros”.

No mesmo sentido, o doutrinador Ismair Roberto Poloni<sup>178</sup> escreveu que:

Na dosimetria da pena, alguns buscam traçar fórmulas de como e quanto casa uma das circunstâncias, se desfavoráveis ao réu, pode elevar a pena acima do seu mínimo legal. mas, tal conduta não reflete a melhor a justa sentença pois, cada réu, em cada tipo delitivo, em cada momento, e com cada vítima, tem a merecer, se procedente a acusação, uma pena condizente não com uma fórmula mas, isso sim, com as circunstâncias de cada caso, para cada réu. (...) Porém, seu norte será sempre a lei, ou melhor, o art. 59, CP, e não uma fórmula matemática de se chegar à pena final. (...). Essa valoração de cada uma das circunstâncias judiciais é ato próprio e exclusivo do juiz e, embora não tenha que dizer por que aplicou mais ou menos anos, deverá dizer, fundamentar, sobre cada uma das circunstâncias judiciais, quer as que beneficiem o réu, que as que lhe são desfavoráveis.

*Data vênia* ao primeiro posicionamento, quer nos parecer que o segundo posicionamento adequa-se melhor ao nosso ordenamento jurídico, tendo em vista que o artigo 59, do Código Penal nada diz sobre o *quantum* que se deve valorar cada circunstância, como fez com as demais fases, portanto, acreditamos que o legislador nada disse a respeito, justamente para deixar a caráter do subjetivismo fundamentado do julgador, a valoração de cada uma das oito circunstâncias previstas no mencionado artigo. Dessa forma, concluindo, nosso pensamento, acatamos o entendimento de José

---

<sup>178</sup> POLINI. Ismair. Técnica Estrutural da Sentença Criminal, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002, p. 201.

Eulálio Figueira de Almeida no sentido de que “<sup>179</sup>O Direito é uma ciência que não depende de fórmulas matemáticas ou conceitos exatos para cumprir sua finalidade”.

---

<sup>179</sup> ALMEIDA, José Eulálio Figueiredo de. *Sentença Penal*, Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 323.

## 8. DA NECESSIDADE E DA SUFICIÊNCIA

O legislador, no artigo 59 do Código Penal, determinou que além de valorar as circunstâncias judiciais deste, tem, ainda, o julgador que analisar a necessidade e suficiência, para com o réu, da sanção que lhe será imposta, podendo, conforme seu entendimento, sempre fundamentado, aumentar ou diminuir a pena, na medida em que esta se torne necessária e suficiente ao réu.

Todavia, essas necessidade e suficiência do referido dispositivo, estão longe de serem observadas e valoradas pelos magistrados, pois, o que se têm visto na atualidade, são decisões judiciais que apenas fundamentam, quando fundamentam, o porque da valoração de cada circunstância, porém, a fundamentação termina por aí, faltando, assim, a valoração, da necessidade e suficiência daquela sanção aplicada, deixando, dessa forma, individualizar corretamente a pena nesta primeira fase da dosimetria.

Sob esse prisma, relatou Ismair Roberto Poloni que “<sup>180</sup>para cada um dos elementos circunstanciais do art. 59, deverá, sempre, o juiz, indagar-se quanto será necessário e suficiente para reprovar e prevenir o crime”. Afirmando, ainda, que:

Ao fixar a pena, pois, respondendo à sociedade como punição e repressão, está o juiz, revestido do poder-dever de dar a cada um o que lhe pertence e merece, a dizer o quanto de pena, de punição, é necessário e suficiente, para reprovar aquela conduta tipificada como delito e para prevenir, com relações ao próprio réu e a terceiros, como medida de exemplo, no sentido de buscar, assim, não ocorra (ou ao menos que ocorra em grau menor), atos delitivos, na sociedade. (...). É claro que, embora essa finalidade seja estritamente social, para cada espécie de delinquente e para cada tipo de sociedade,

---

<sup>180</sup> POLINI. Ismair. Técnica Estrutural da Sentença Criminal, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002, p. 196.

haverá sempre um *quantum* que seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime.

Jurisprudência sobre necessidade: “Nenhuma pena deverá ser quantitativamente superior àquela necessária à reprovação e prevenção criminais nem ser executada de forma mais aflictiva do que o exige a situação” (ACrim 28.701.369, JTARS, 65:38)<sup>181</sup>.

E ainda, no mesmo sentido:

“Ao proceder a individualização da pena, o Juiz após aferir um leque de circunstâncias de natureza subjetiva – culpabilidade, antecedentes, conduta social e personalidade do agente – e de natureza objetiva – motivos, circunstâncias e conseqüências do crime -, fixará aquela aplicável dentre as cominadas, em quantidade que for necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do delito, definindo, a seguir, o regime inicial de cumprimento de pena, a qual não deve ser excessiva, nem demasiadamente abrandada, mas justa, adequada e idônea, em qualidade e quantidade suficientes para reprimir a prática da infração e promover a tutela da sociedade” (STJ – 6ª T. – Resp. 90.171 - Rel. Luiz Vicente Cernicchiaro – j. 08.10.1997 – DJU 12.08.1997, p. 36.287).<sup>182</sup>

Por fim, de nada adianta o magistrado, diante de um caso concreto, após analisar e valorar, matematicamente ou subjetivamente, as circunstâncias judiciais do artigo 59, do Código Penal, se ao final, antes de fixar a pena-base, não concluir, nesta fase, a individualização da pena, e ignorar a análise da necessidade e suficiência dessa quando aplicada ao réu.

---

<sup>181</sup> JESUS, Damásio de. Código Penal Anotado, São Paulo: Saraiva, 7ª ed., 1997, p.157.

<sup>182</sup> FRANCO, Alberto Silva. Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial, Vol. 1, 7ª ed., São Paulo: RT, 2001, p. 1026.

## CONCLUSÃO

Portanto, não sendo o direito uma ciência exata, quando for para o magistrado se valer da matemática, o próprio legislador assim já a determinará, como acontece nos casos das circunstâncias legais (atenuantes e agravantes), bem como nas causas de aumento ou diminuição, as quais o próprio legislador estabeleceu um parâmetro para ser fracionado.

Logo, tratando-se da primeira fase da dosimetria, fixação da pena-base, não se deve admitir a utilização de cálculos matemáticos, pois como é nítida, a primeira fase é de caráter, extremamente, subjetivo, cabendo ao magistrado, valendo-se de seu livre convencimento motivado, estabelecer para cada réu, com base no caso concreto, a quantidade de pena da primeira fase, bem como a devida valoração de todas as circunstâncias judiciais, aplicando-se assim, a verdadeira individualização da pena.

Ainda, atendendo aos preceitos do artigo 59, CP, o juiz após fixar a pena-base, *a priori*, **deveria**, então, para, continuar atendendo aos requisitos do artigo 59, do Código Penal, no tocante a necessidade e suficiência da pena, deveria, assim, mediante a análise do caso concreto, do réu e da pena-base *a priori*, verificar se esta será necessária e suficiente àquele e a sociedade, a fim de punir o réu (reprovação de sua conduta), bem como de prevenção de novos delitos por ele ou pelos demais praticados, e se acaso a sanção não for suficiente e necessária deve, portanto, aumentar ou reduzir a pena na medida em que venha a se adequar a essas circunstâncias.

Porém, nossa realidade nos mostra algo completamente diferente, uma vez que a maioria dos julgadores, em muitos casos, devido a vários fatores, acúmulo de

serviço, falta de tempo, falta de efetivo, descuido, ou até mesmo falta de interpretação, e aproveitando-se do caráter subjetivista que o artigo 59 lhes proporcionaram, deixam de observar tal norma, que em nossa opinião, uma das mais importantes em se tratando de fixação da pena ao réu, e apenas fixam, de maneira metódica, ou muitas vezes de qualquer maneira, as circunstâncias judiciais, não procedendo prudentemente ao analisar cada circunstância, e pura e simplesmente fixam a pena-base e passam para as demais fases, esquecendo-se da real e verdadeira finalidade da pena, que é a suficiência da reprovação da conduta delituosa e a necessidade de prevenção para com a sociedade.

Por fim, alguns julgadores, ao sentenciar, esquecem de analisar com o seu subjetivismo, que estão a decidir o rumo da vida de um ser humano, principalmente, na quando se trata da esfera penal.

Por óbvio, como brilhantemente previu o legislador, após a valoração individual das circunstâncias judiciais e antes de fixar a pena-base, o magistrado deveria se ater a necessidade e suficiência da sanção que irá aplicar, que para aquele pode ser um simples detalhe, sem muita importância, porém, de outro lado, para quem está *sob judice*, são quiçá as mais importantes das circunstâncias valoradas.

## 10. REFERÊNCIAS

ALMEIDA, José Eulálio Figueiredo de. **Sentença Penal**, Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**, Parte Geral, 1º Vol., 9ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003 e 2004.

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

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**, Parte Geral, 1º Vol., São Paulo: Saraiva, 10ª ed., 2006.

### CÓDIGO PENAL

DELMANTO, Celso. **Código Penal Comentado**, 6ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

FERREIRA Gilberto. **Aplicação da Pena**, Rio de Janeiro: Forense, 1995.

FRANCO, Alberto Silva. **Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial**, Vol. 1, 7ª ed., São Paulo: RT, 2001.

JESUS, Damásio de. **Código Penal Anotado**, São Paulo: Sairava, 7ª ed., 1997.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal, Parte Geral**, 1º Vol., São Paulo: Sairava, 27ª ed., 2003.

JORGE, M.H. **A quantificação da pena em face das circunstâncias**. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 285, 18 abr. 2004. Disponível <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texti.asp?id=5095>. acesso em: 09 de maio de 2008.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**, Parte Geral, 1º vol., 15ª ed., São Paulo: Atlas, 1998.

NETO, Inácio de Carvalho. **Aplicação da Pena**, 2º ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**, 1º Vol., São Paulo: Saraiva, 32ª ed., 1997.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**, São Paulo: RT, 6ª ed., 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da Pena**, São Paulo: RT, 2ª ed., 2007.

POLINI, Ismair. **Técnica Estrutural da Sentença Criminal**, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002.

PRADO, Luiz Regis. **Comentários ao Código Penal**, São Paulo: RT, 3ª ed., 2006.

TRISTÃO, Adalto Dias. **Sentença Criminal: Prática de Aplicação da Pena e Medida de Segurança**; 4ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

### **10.1 Bibliografia Consultada**

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**, 14ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1992.

## **ANEXOS**

