

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

ERNANI MENDES SILVA FILHO

TEORIA DA PENA

CURITIBA

2008

ERNANI MENDES SILVA FILHO

TEORIA 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: Dr. D'artagnan Serpa Sá.

CURITIBA

2008

TERMO DE APROVAÇÃO

**TEORIA DA PENA
POR**

ERNANI MENDES SILVA FILHO

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: Profº. D' Artagnan Serpa Sá

.....
Avaliador: Profº.

.....
Avaliador: Profº.

Curitiba,.....de.....de 2008.

Aos meus pais, pelo amor, formação educacional, emocional e ética que me deram (e me dão), e por sempre terem possibilitado a concretização de meus sonhos, acreditando neles e compartilhando, até hoje, todos os momentos de minha vida, sejam eles bons ou ruins.

Aos meus filhos e minha esposa, que mesmo em momentos que não pude lhes dar a atenção merecida, tiveram paciência e me deram coragem para seguir em frente.

SUMÁRIO

| | |
|---|----|
| RESUMO | VI |
| 1. INTRODUÇÃO | 01 |
| 2. ELEMENTOS DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA | 05 |
| 2.1. Princípios constitucionais relativos à pena..... | 05 |
| 2.1.1. Princípio da legalidade..... | 06 |
| 2.1.2. Princípio da personalidade ou pessoalidade..... | 07 |
| 2.1.3. Princípio da individualização da pena..... | 08 |
| 2.1.4. Princípio da proporcionalidade..... | 09 |
| 2.1.5. Princípio da culpabilidade..... | 10 |
| 2.1.6. Princípio da humanidade..... | 11 |
| 2.1.7. Princípio da isonomia..... | 11 |
| 2.1.8. Princípio da “Secularização”..... | 12 |
| 2.2. Considerações gerais sobre a teoria da pena..... | 13 |
| 2.2.1. Conceito e fundamento de pena..... | 13 |
| 2.2.2. Teorias sobre a finalidade da pena..... | 15 |
| 3. CRITÉRIO TRIFÁSICO DA APLICAÇÃO DA PENA | 22 |
| 3.1. Considerações gerais..... | 22 |
| 3.2. 1ª Fase..... | 27 |
| 3.2.1. Pena-base..... | 27 |
| 3.2.2. Circunstâncias judiciais..... | 28 |
| 3.2.2.1. Culpabilidade..... | 30 |

| | |
|---|-----------|
| 3.2.2.2. Antecedentes do agente..... | 33 |
| 3.2.2.3. Conduta Social..... | 34 |
| 3.2.2.4. Personalidade do agente..... | 35 |
| 3.2.2.5. Motivos do crime..... | 37 |
| 3.2.2.6. Circunstâncias do crime..... | 37 |
| 3.2.2.7. Conseqüências do crime..... | 38 |
| 3.2.2.8. Comportamento da vítima..... | 38 |
| 3.3. 2ª fase..... | 39 |
| 3.3.1. Reincidência..... | 40 |
| 3.4. 3ª Fase..... | 43 |
| 4. ANTECEDENTES, CONDUTA SOCIAL DO AGENTE E REINCIDÊNCIA SOB A ÓTICA GARANTISTA..... | 45 |
| 4.1. Breves noções a respeito do garantismo penal..... | 45 |
| 4.2. Antecedentes, conduta social do agente e reincidência sob a ótica garantista..... | 46 |
| 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS..... | 54 |
| 6. REFERÊNCIAS..... | 57 |

RESUMO

O presente estudo tem como escopo investigar determinados aspectos da Teoria da Pena. Num primeiro momento pretende apresentar uma análise sobre os princípios constitucionais a ela relacionados, com maior ênfase ao princípio da “secularização”. Ainda no capítulo inicial, trata - em breve síntese, sobre o fundamento e conceito de pena, para, em seguida, realizar estudo a respeito das principais teorias sobre sua finalidade. No segundo capítulo busca demonstrar o critério trifásico de aplicação da pena, com concisa explanação sobre as circunstâncias judiciais, sobre as agravantes e atenuantes - mormente a natureza e os efeitos da reincidência -, e sobre as causas de aumento e diminuição de pena, avaliadas na terceira fase da dosimetria. Num terceiro momento, busca examinar algumas diretrizes básicas a respeito do garantismo penal e, por fim, expor - sob a perspectiva garantista -, acerca da constitucionalidade da análise dos antecedentes do agente, da sua conduta social e da reincidência na aplicação da pena.

PALAVRAS-CHAVE

Pena

Aplicação

Garantismo

1. INTRODUÇÃO

Durante algum tempo, o princípio constitucional da individualização da pena não teve aprofundamento necessário e adequado no direito penal pátrio. A preocupação mor era com a teoria do crime, deixando-se a teoria da pena num segundo plano, numa posição periférica. Paganella Boschi assevera que os operadores do direito em geral transmitem a sensação que determinar o quantum da pena é tema que “diz mais ao juiz e menos com as partes, pois nem sempre se interessam pelo controle judicial”.¹

Acreditava-se que a pena nada mais era do que simples questão de política criminal, e esta era simples “escrava” da dogmática jurídico-penal.² Alberto Silva Franco, citando Figueiredo Dias no prefácio da obra de Schecaira e Corrêa Jr., afirma que dogmática jurídico-penal e política criminal devem caminhar juntas, pois as

*“valorações político-criminais hão de penetrar – e o estudo da doutrina revela que verdadeiramente penetram – toda dogmática jurídico-penal, tornando-se penhor da justiça e adequação das soluções dos concretos problemas jurídico-penais”.*³

Ainda, seguindo os ensinamentos do mestre português,

*“a política criminal, de ciência simplesmente competente para as tarefas de reforma penal, cujas preposições, por conseguinte, não podiam ser levadas em conta pelo jurista senão no plano do iuri constituendo, torna-se ciência competente para, em último termo, **definir os limites da punibilidade**”.*⁴

¹ BOSCHI, José Antonio Paganella. Individualização da pena *in* Crítica à execução penal. Coordenação Salo de Carvalho. 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2007. Pág. 119.

² CORRÊA JR., Alceu. SHECAIRA, Sérgio Salomão. Teoria da pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos da ciência criminal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. Pág. 07.

³ DIAS, Jorge de Figueiredo. Direito penal português – As conseqüências jurídicas do crime, Lisboa, Aequitas, 1993, pág.40, *apud* CORRÊA JR., Alceu. SHECAIRA, Sérgio Salomão. Teoria da pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos da ciência criminal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. Pág. 07.

⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo. Direito penal: parte geral: tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Portugal; Coimbra, 2007. Pág. 34.

E completa, afirmando que “todas as categorias e todos os conceitos da dogmática jurídico-penal devem apresentar-se funcionalmente determinados (e ligados às) pelas finalidades eleitas pela política criminal”⁵.

Atualmente, em razão desta “unidade cooperativa” ou “unidade funcional”, conforme conceitua Figueiredo Dias, a doutrina tem procurado interligar a teoria do crime à teoria da individualização da pena, ressaltando a importância da correta interpretação no disposto no Código Penal, de acordo com os princípios constitucionais, para que se estabeleça uma pena justa e equilibrada ao sentenciado. Nilo Batista assevera que a política criminal “deve estruturar-se como política de transformação social e institucional, para a construção da igualdade, da democracia e de modos de vida comunitária e civil mais humanos”.⁶ A política criminal deve, portanto, voltar-se para a proteção da sociedade, conectando-se a dogmática e a outras ciências, como criminologia, psicologia, psiquiatria, etc.⁷

Dentro desse panorama, a Constituição consagrou o princípio da individualização da pena, ou seja, o julgador deve adaptar a pena ao condenado, levando em conta além dos princípios constitucionais implícitos e explícitos, as particularidades do agente e as características do crime.⁸

Conforme descreve Nucci, individualizar a pena significa “a concretização da justiça ao se atribuir a cada um o que é seu, a cada um o que efetivamente merece”.⁹

⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo. Direito penal: parte geral: tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Portugal; Coimbra, 2007. Pág. 34.

⁶ BATISTA, Nilo. Introdução crítica ao direito penal brasileiro. Rio de Janeiro: Revan, 11ª edição, março de 2007. Pág. 37.

⁷ CORRÊA JR., Alceu. SHECAIRA, Sérgio Salomão. Teoria da pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos da ciência criminal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. Pág. 07.

⁸ BOSCHI, José Antonio Paganella. Individualização da pena *in* Crítica à execução penal. Coordenação Salo de Carvalho. 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2007. Pág. 119.

⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. Individualização da pena. 2ªed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. Pág. 361.

No entanto, percebe-se que boa parte das sentenças criminais não atende aos princípios constitucionais que devem ser observados na dosimetria da pena, principalmente no que concerne à obrigatoriedade de fundamentação, que está expressamente prevista na Constituição Federal (artigo 93, IX). Ocorre que, para se abster da necessidade de fundamentar a aplicação da pena, um grande número de magistrados opta por fixá-la no mínimo legal, preferindo o caminho da padronização.¹⁰

Pretende-se com o transcorrer do estudo investigar a teoria da pena, especificamente no que toca ao princípio constitucional da individualização da pena e a necessidade de motivar sua aplicação, proporcionando aos estudiosos do tema - principalmente àqueles que estão iniciando seus estudos jurídicos -, uma opção de consulta clara, concisa e objetiva a respeito do assunto.

Desta forma, no primeiro capítulo, o presente trabalho visa esclarecer quais princípios constitucionais devem ser levados em consideração pelo magistrado na aplicação da pena para em seguida explicar sobre seu conceito e fundamento. Fechando a primeira parte, realizar-se-á um breve apanhado a respeito das teorias sobre os fins da pena.

Posteriormente expor-se-ão algumas peculiaridades sobre o critério trifásico para a fixação da pena, principalmente no que tange à análise das circunstâncias judiciais, previstas no artigo 59 do Código Penal, demonstrando o entendimento jurisprudencial sobre o tema. Far-se-á também um breve apanhado sobre o instituto da reincidência.

¹⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. Individualização da pena. 2ªed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. Pág. 13.

No capítulo seguinte, buscar-se-á esclarecer sobre qual critério deve ser adotado pelo julgador na análise dos antecedentes e da conduta social do agente, pois aqui surge importante polêmica entre doutrina e jurisprudência, essencialmente no que tange à quais situações podem ser enquadradas como “maus antecedentes”, como na dúvida se processos judiciais que tenham resultado em absolvição do acusado podem ser utilizados para se elevar o quantum da punição. Outro aspecto que será analisado refere-se à violação do princípio do *ne bis in idem*, no que diz respeito à reincidência, de acordo com a visão garantista.

Em suma, o presente trabalho tem como escopo principal esclarecer sobre a controvérsia se o julgador deve ou não aumentar a pena do agente em virtude de algumas situações que se aplicam à reincidência, aos antecedentes e a conduta social do agente.

2. ELEMENTOS DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

2.1. Princípios Constitucionais relativos à pena

Guilherme de Souza Nucci explica que os princípios jurídicos proporcionam o “alicerce para a interpretação, integração, conhecimento e eficiente aplicação do direito positivo”¹¹. No direito penal, os princípios configuram-se em verdadeiras garantias fundamentais, servindo como base para todo o sistema penal, aos quais não pode fugir o legislador nem tampouco o Juiz.

Nilo Batista explica que os princípios penais possuem certo “sentido programático”, pois se constituem na plataforma mínima sobre a qual se elaboram normas de direito penal dentro de um Estado democrático.¹²

Ainda, segundo Nucci,

“a fiel observância dos princípios penais e processuais penais, mormente os que possuem status constitucional, tem por finalidade garantir a preservação da dignidade da pessoa humana, que não se trata de um princípio exclusivamente penal, como alguns buscam erigir, mas tão somente de um fundamento do Estado Democrático de Direito”.¹³

Nucci elenca como princípios constitucionais relativos à pena, os princípios da legalidade, da responsabilidade pessoal, da culpabilidade, da inderrogabilidade, da proporcionalidade, da isonomia, da humanidade e da individualização da pena. São os princípios norteadores de todo o sistema e, principalmente, da aplicação da pena. Outros princípios estão implícitos na própria constituição, ou previstos em leis

¹¹ NUCCI, Guilherme de Souza. Individualização da pena. 2ªed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. Pág. 25.

¹² BATISTA, Nilo. Introdução crítica ao direito penal brasileiro. Rio de Janeiro: Revan, 11ª edição, março de 2007. Pág. 61/62.

¹³ NUCCI, Guilherme de Souza. Individualização da pena. 2ªed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. Pág. 27.

infraconstitucionais, como os princípios da proporcionalidade e da culpabilidade, que também não podem deixar de ser aplicados.

De acordo com Sérgio Salomão Shecaira e Alceu Corrêa Jr., estão expressamente previstos no texto constitucional os seguintes princípios vinculados à pena: legalidade, personalidade, individualização e humanização. Ainda, implicitamente, os princípios da proporcionalidade e da culpabilidade.

Salo de Carvalho indica ainda o princípio da “secularização”, que viria a fundamentar a teoria garantista do direito penal.

A nosso ver, a garantia prevista no artigo 93, IX, da Constituição Federal, onde se estabelece que todas as decisões do Poder Judiciário devem ser motivadas, sob pena de nulidade, deve ser considerada verdadeiro princípio. Por questões didáticas, abordaremos o tema quando analisarmos o critério trifásico, item 3.1.

Faremos então uma breve síntese daqueles que consideramos os principais princípios relativos à pena.

2.1.1. Princípio da legalidade

Está previsto na Constituição, no artigo 5º, XXXIX, e pode ser subdividido em princípio da reserva legal, da anterioridade da lei e da taxatividade. O artigo 1º do Código Penal também trata do princípio da legalidade. O princípio da legalidade, conforme preleciona Nilo Batista, é o alicerce de todo o direito penal, pois além de possibilitar a todos o prévio conhecimento dos crimes e das sanções respectivas, garante que a ninguém será imposta punição não prevista em lei.¹⁴

¹⁴ BATISTA, Nilo. Introdução crítica ao direito penal brasileiro. Rio de Janeiro: Revan, 11ª edição, março de 2007. Pág. 67.

O princípio da reserva legal limita a aplicação de penas exclusivamente aos crimes expressamente previstos em lei, sendo vedado o uso da analogia ou dos costumes para a criminalização de condutas e conseqüentemente para a aplicação de penas a estas condutas.

O princípio da taxatividade, relacionado à sanção penal, diz respeito à correta determinação das penas, que devem ser estabelecidas a partir de limites rigorosos, mas variáveis, ou seja, dando-se certa margem para que o juiz, no caso concreto, possa individualizar a pena de acordo com cada situação fática. Resumindo, deve o legislador estabelecer limites mínimos e máximos, para se dar segurança jurídica ao sistema penal.

Por fim o princípio da anterioridade, ou da irretroatividade da lei penal incriminadora, estabelece que só poderá se punir existindo lei em vigor na data da conduta do agente. Em síntese, se sobrevier lei penalizando mais gravemente a conduta, a punição será a prevista na lei vigente à época do delito.

2.1.2. Princípio da personalidade ou da pessoalidade

Encontra-se expressamente previsto na Constituição Federal em seu artigo 5º, XLV. O princípio determina que nenhuma pena poderá passar da pessoa do condenado, ou seja, somente quem cometeu o crime será punido. A responsabilidade penal é sempre subjetiva.

Este princípio, por possuir aspecto nitidamente garantista, deve ser observado para qualquer tipo de pena, devendo se esclarecer que a previsão constitucional da

obrigatória reparação do dano e perdimento de bens pelos herdeiros do condenado, deve ser feita até o limite da herança.

2.1.3. Princípio da individualização da pena

Pode ser entendido como a aplicação da pena de acordo com cada situação fática, ou seja, deve o julgador fixar a pena de acordo com cada caso concreto para cada agente. Segundo Guilherme de Souza Nucci

*“tem o significado de eleger a justa e adequada sanção penal, quanto ao montante, ao perfil e aos efeitos penderes sobre o sentenciado, tornando-o único e distinto dos demais infratores, ainda que co-autores ou mesmo co-réus.”*¹⁵

Para Paganella Boschi, o princípio da individualização da pena “visa resguardar o valor do indivíduo”¹⁶, devendo ser avaliadas as diferenças entre cada sujeito, cada pessoa.

Régis Prado avalia que o princípio “obriga o julgador a fixar a pena, conforme a cominação legal (espécie e quantidade) e a determinar a forma de sua execução”¹⁷.

René Ariel Dotti explica que “individualizar a pena significa aplicar a determinado agente a resposta penal necessária e suficiente para reprimir e prevenir o crime”¹⁸.

São três os momentos para a individualização da pena:

- cominação em abstrato, feita pelo legislador, onde é definida a conduta e a espécie de pena;

¹⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. Individualização da pena. 2ª ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. Pág. 30.

¹⁶ BOSCHI, José Antonio Paganella. Das penas e seus critérios de avaliação. 4ª ed. rev. e atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006. Pág. 49.

¹⁷ PRADO, Luiz Régis. Curso de direito penal brasileiro, volume 1: parte geral. 7ª ed. rev., atual. e ampl. – Editora Revista dos Tribunais, 2007. Pág. 145.

¹⁸ DOTTI, René Ariel. Curso de direito penal: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2005. Pág. 240.

- aplicação, feita pelo magistrado na sentença, que deve determinar a espécie de pena dentre as previstas e fixar a quantidade adequada ao caso em questão;

- execução, após o trânsito em julgado da sentença.

O princípio da individualização da pena está previsto na constituição em seu artigo 5º, XLVI e XLVIII. Em razão disso, Nucci afirma que além de ser um princípio constitucional expresso, representa “um direito humano fundamental e, concomitantemente, uma garantia humana fundamental”¹⁹.

2.1.4. Princípio da proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade não está previsto expressamente na Constituição Federal, mas implícito em diversas normas constitucionais e infraconstitucionais. Nucci assevera que o princípio está espalhado por todo o direito penal, pois se sustenta na idéia da intervenção mínima, ou seja, é ilegítima qualquer imposição de pena pelo Estado sem que aconteça dano à terceiro.

Segundo Luis Flávio Gomes, “a pena deve ser proporcional à gravidade da infração”²⁰. Ele menciona os artigos 1º, III; 3º, I; 5º, caput, II, XXXV e LIV, da Constituição Federal, como dispositivos de onde pode se extrair o princípio.

Beccaria pregava que:

*“Os meios que a legislação emprega para impedir os crimes devem, pois, ser mais fortes à medida que o delito é mais contrário ao bem público e pode tornar-se mais comum. Deve, pois, haver uma proporção entre os delitos e as penas”.*²¹

¹⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. Individualização da pena. 2ªed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. Pág. 11.

²⁰ GOMES, Luiz Flávio. Direito penal: parte geral: culpabilidade e teoria da pena. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: IELF, 2005. Pág. 66.

²¹ BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama – 1ª ed. Campinas: Russel Editores, 2006. Pág. 99.

René Ariel Dotti sustenta que o sistema penal brasileiro baseia-se na retribuição e, portanto, a pena deve “compensar a ofensa provocada pelo crime”²².

Por sua vez, Luiz Régis Prado considera que o princípio da proporcionalidade deve atender a três outros subprincípios, quais sejam: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Em síntese, a pena deve ser proporcional à lesão ao bem jurídico e ao dano causado à sociedade.

2.1.5. Princípio da culpabilidade

O princípio está ligado à exigência, no direito penal brasileiro, da responsabilidade subjetiva para a aplicação de qualquer pena, isto é, só responde pelo crime o agente que atuou com dolo ou culpa. Roxin considera o princípio da culpabilidade como “a espinha dorsal tanto da imputação objetiva, como subjetiva”.²³ Encontra-se esculpido no artigo 1º, III, da Constituição Federal, que traz como um de seus pilares a dignidade da pessoa humana.

Tem esteio no postulado que não há pena sem culpabilidade (*nulla poena sine culpa*). Nilo Batista assevera que não se aceita em direito penal a responsabilidade objetiva, fundada simplesmente na ligação entre a conduta do agente e a o resultado desta conduta, sendo obrigatória a culpabilidade.²⁴ Aqui frise-se que responsabilidade objetiva difere de imputação objetiva, mas não abordaremos o tema por não ser objeto do presente trabalho.

²² DOTTI, René Ariel. Curso de direito penal: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2005. Pág. 441.

²³ ROXIN, Claus. Estudos de direito penal – 2ª ed. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. Pág. 135.

²⁴ BATISTA, Nilo. Introdução crítica ao direito penal brasileiro. Rio de Janeiro: Revan, 11ª edição, março de 2007. Pág. 104.

Nucci acrescenta que o princípio da culpabilidade “fundamenta e limita a aplicação da pena”²⁵. Disto, resultam duas conseqüências, segundo Nilo Batista²⁶: a intrascendência, que limita a pena ao agente, ao autor do delito; e a individualização, que como já visto, determina que na aplicação da pena se considere ao agente a qual se destina.

2.1.6. Princípio da humanidade

O princípio da humanidade também se baseia na dignidade da pessoa humana. Está presente em diversos dispositivos constitucionais e infraconstitucionais, tais como os artigos 5º, III, XLIX, L da Constituição Federal e as leis 8653/93 e 9046/95.

O princípio veda a criação, aplicação ou execução de pena que atente à dignidade da pessoa humana, tais como penas de caráter perpétuo, pena de morte, penas cruéis, entre outras. Não se admite penas que firam a dignidade do homem, o que não quer dizer que o apenado não enfrentará dano ou dor, pois o que se busca é garantir condições dignas ao condenado, ou seja, garantir que cumpra sua pena sem qualquer ato discriminatório ou que fuja ao estritamente necessário.

O condenado deve manter todos seus direitos fundamentais que não forem atingidos pela condenação.

2.1.7. Princípio da isonomia

²⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. Individualização da pena. 2ªed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. Pág. 40.

²⁶ BATISTA, Nilo. Introdução crítica ao direito penal brasileiro. Rio de Janeiro: Revan, 11ª edição, março de 2007, pág. 104/105.

Nucci leciona que a partir da desigualdade natural entre os seres humanos, deve o direito tratá-los de maneira igual, quando prevê normas iguais para todos, mas de maneira desigual, na aplicação da pena, respeitando-se as diferenças entre os agentes, as condições pessoais que cada indivíduo traz. Desta forma, atinge-se não somente a igualdade formal, mas também a isonomia material. Tratar desigualmente os desiguais.

Completa, afirmando que:

*“É responsabilidade do magistrado atenuar as desigualdades sociais na aplicação da lei penal, empreendendo menor rigor a condutas desesperadas de pessoas economicamente desfavorecidas, num contexto de delito patrimonial, por exemplo, mas mantendo-se em posição mais rígida quando se deparar com a mesma conduta proveniente de pessoas financeiramente privilegiadas”.*²⁷

2.1.8. Princípio da “Secularização”

O princípio da “secularização”, segundo a doutrina garantista, trata das mudanças ocorridas a partir da “laicização”, ou seja, a partir do distanciamento das concepções teológicas das ciências em geral e especificamente do direito. Todas as explicações sobre fenômenos ou acontecimentos do mundo tinham base exclusivamente moral, fundadas na teologia. Com a secularização, substitui-se a vontade divina “pela natureza ou razão das coisas”²⁸. Muda-se a concepção de castigo divino para a de castigo justo, imposto por um terceiro imparcial, o Estado, que se encarrega de estabelecer regras de convivência social e, em caso de violação, punir aqueles que transgredirem essas regras.

Surge a teoria do “pacto social”, que determina direitos e deveres recíprocos para o Estado e para os indivíduos. De acordo com Salo de Carvalho,

²⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. Individualização da pena. 2ªed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. Pág. 37.

*“o soberano recebe o poder de regulamentar a sociedade com leis, adquirindo, em contrapartida, o dever de garantir a ‘segurança’ dos bens. Ao cidadão é imposto o dever de obediência às leis, correspondendo o direito de exigir as garantias pactuadas”.*²⁹

O Estado passa a criminalizar as condutas que possam causar dano, impondo sanções àqueles que violarem as regras pactuadas. A liberdade de pensamento deve permanecer imune à interferência estatal, pois não se pode penalizar as intenções ou vontades do indivíduo. A idéia utilitarista da pena exige que haja um dano concreto para que se imponha sanção a alguém. O princípio da secularização incide, portanto, em empregar o direito penal do fato, e não mais do autor.

Em suma, o princípio da “secularização” que trata da separação entre direito e moral, entre direito e igreja, se tornando fundamento do “direito penal mínimo” proposto pela teoria garantista, pode ser entendido como uma positivação dos direitos fundamentais.

2.2. Considerações gerais sobre a Teoria da Pena

2.2.1. Conceito e fundamento da pena

Segundo Shecaira e Corrêa Jr., pena “deve ser entendida como consequência jurídica da infração penal, considerando-se a dignidade da pessoa humana como limite de sua aplicação”³⁰.

²⁸ CARVALHO, Amilton Bueno de. CARVALHO, Salo de. Aplicação da pena e garantismo. 4ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2008. Pág. 06.

²⁹ CARVALHO, Amilton Bueno de. CARVALHO, Salo de. Aplicação da pena e garantismo. 4ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2008. Pág. 11.

³⁰ CORRÊA JR., Alceu. SHECAIRA, Sérgio Salomão. Teoria da pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos da ciência criminal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. Pág. 181.

Para Nucci “trata-se da sanção imposta pelo Estado, valendo-se do devido processo legal, ao autor da infração penal, como retribuição ao delito perpetrado e prevenção a novos crimes”³¹.

Por sua vez, René Dotti conceitua pena como “a sanção imposta pelo Estado e consistente na perda ou restrição de bens jurídicos do autor da infração, em retribuição à sua conduta e para prevenir novos ilícitos”³².

Victor Rios Gonçalves a define como:

*“A retribuição imposta pelo Estado e razão da prática de um ilícito penal e consiste na privação de bens jurídicos determinada pela lei, que visa à readaptação do criminoso ao convívio social e à prevenção em relação à prática de novas transgressões”.*³³

Em suma, a pena é a perda do exercício de um direito pelo agente, como retribuição dada pelo Estado ao mal causado à terceiro, atuando também como meio para que se previna e evite que o mesmo agente cometa novos delitos, sempre se respeitando o devido processo legal.

Para René Dotti, a culpabilidade do autor é o fundamento jurídico da pena, pois “não há pena sem culpa”.

Por sua vez, Nucci afirma que a pena tem como principal fundamento e finalidade “reafirmar os valores impostos pelas normas vigentes, aquietando o espírito da vítima, para que não se volte contra o delinqüente, bem como voltando os olhos à justa posição, que, como já posto, previne e busca a ressocialização.”³⁴

³¹ NUCCI, Guilherme de Souza. Individualização da pena. 2ªed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. Pág. 52.

³² DOTTI, René Ariel. Curso de direito penal: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2005. Pág. 433.

³³ GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. Direito penal: parte geral. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007. Pág. 110.

³⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. Individualização da pena. 2ªed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. Págs. 54/55.

No nosso entender, não se pode dissociar dos principais fundamentos da pena o princípio da dignidade da pessoa humana, pois qualquer pena, como já exposto, não pode ocasionar mal maior que o necessário para a retribuição e justificação do delito cometido, satisfazendo o anseio de justiça da vítima e da comunidade.

2.2.2. Teorias sobre a finalidade da pena

As teorias da pena têm como objetivo mor justificar o direito de punir do Estado, de acordo com Paganella Boschi. Jorge de Figueiredo Dias sublinha “que a questão dos fins das penas constitui, no fundo, a questão do destino do direito penal e, na plena acepção do termo, do seu paradigma”³⁵. Para o emérito jurista português, os fundamentos e finalidades da pena servem para nortear a maneira que a própria pena irá cumprir a função do direito penal, ou seja, a resposta que o direito penal dará ao crime.

A propósito, preleciona Aníbal Bruno:

*“... é a defesa social pela proteção de bens jurídicos considerados essenciais à manutenção da convivência. E este é o fim do Direito Penal, e o instrumento de que ele se vale para atingi-lo é a pena” (Maurício Kuehne, apud, op. cit., pág. 24).*³⁶

Basicamente, a doutrina divide as teorias sobre os fins da pena em absolutas ou retributivas, relativas ou prevencionistas e mistas ou ecléticas.

Embora alguns defendam a teoria abolicionista - que propõe a substituição das penas por outros meios de controle social -, não será ela abordada no presente estudo, visto que a doutrina majoritária entende que a pena é o “mal necessário”, ou seja, todo delito deve ter sua retribuição, sua sanção, sempre se buscando a paz social.

³⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo. Temas básicos da doutrina penal. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. Pág. 66.

³⁶ KUEHNE, Maurício. Teoria e prática da aplicação da pena. 5ª ed., 4ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2008.

Nas teorias **retribucionistas ou retributivas ou absolutas ou repressivas**, a pena tem como finalidade castigar o delinqüente. Gilberto Ferreira pondera que o fundamento da punição para os adeptos da teoria retributiva “é exclusivamente moral e ético”³⁷. Ocorre uma “restrição a um bem jurídico daquele que violou a norma”³⁸, retribui-se o mal pelo mal, sem preocupação com outros objetivos que se possam atingir com a aplicação da pena (intimidação geral, correção, ressocialização,...), visando exclusivamente restaurar a ordem violada. Para Figueiredo Dias, a pena, segundo a teoria absoluta, “é a justa paga do mal que com o crime se realizou, é o justo equivalente do dano do facto e da culpa do agente”³⁹.

Ganhou força na época do Estado Absoluto – *punitor peccatum est* (punir porque o sujeito pecou). Prevalencia a idéia de quanto mais longa a pena, mais tempo tinha o delinqüente para refletir.

Atualmente, a teoria retributiva é rechaçada por diversos autores, entre eles Claus Roxin. Alegam estes autores que não se deve pagar um mal com outro, pois isso desrespeita o princípio da dignidade da pessoa humana. Roxin afirma, ainda, que nas teorias retributivas puras, “o sentido da pena se encontra exclusivamente na compensação da culpabilidade”⁴⁰. E a culpabilidade é, segundo Roxin,

“condição necessária, mas não suficiente da punição, deveremos acrescentar à culpabilidade – que é compreendida como agir ilícito apesar da idoneidade para ser destinatário de normas – uma necessidade preventiva da pena, assim como é indicado pelo desenvolvimento do direito e pelas modernas teorias da pena”.⁴¹

³⁷ FERREIRA, Gilberto. Aplicação da pena – Rio de Janeiro: Forense, 1998. Pág. 25.

³⁸ CORRÊA JR., Alceu. SHECAIRA, Sérgio Salomão. Teoria da pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos da ciência criminal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. Pág. 130.

³⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo. Temas básicos da doutrina penal. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. Pág. 68.

⁴⁰ ROXIN, Claus. Estudos de direito penal – 2ª ed. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. Pág. 85

Porém, a teoria absoluta, ao adotar o princípio da culpabilidade, deixou importante contribuição para a teoria da pena, pois a “idéia da medição da pena, o que podemos chamar de princípio da proporcionalidade”⁴², serviu para limitar o poder estatal no momento de aplicar a punição. Roxin entende que esta limitação, com base na culpabilidade, deve ser seguida de maneira irrestrita.

Por sua vez as teorias **prevencionistas ou relativas ou preventivas** também consideram a pena um mal ao criminoso, mas útil, pois visa impedir que ele volte a praticar um crime e evitar que sirva de mau exemplo para a sociedade. A punição, portanto, tem como principal objetivo a prevenção. O fundamento da pena seria o de impedir a realização de novos delitos, para garantir a ordem social. As teorias relativas se subdividem em teoria da prevenção geral e teoria da prevenção especial. A prevenção geral é intimidatória, atuando sobre toda a sociedade. A especial visa garantir o bem estar social, atuando sobre o indivíduo.

Na idéia de prevenção geral, no sentido negativo, a pena deve possuir um aspecto de intimidação, de ameaça, ou seja, deve incutir nas pessoas um temor de que se praticarem o delito serão punidas. Figueiredo Dias preleciona que a pena deve ser um

“instrumento político criminal destinado a actuar (psiquicamente) sobre a generalidade dos membros da comunidade, afastando-os da prática de crimes através da ameaça penal estatuída pela lei, da realidade da aplicação judicial das penas e da efectividade da sua execução”.⁴³

Usa-se um sujeito como exemplo para toda a sociedade, aplicando-lhe uma punição que intimide as demais pessoas a cometer o mesmo delito. Os críticos dessa

⁴¹ ROXIN, Claus. Estudos de direito penal – 2ª ed. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. Pág. 87.

⁴² CORRÊA JR., Alceu. SHECAIRA, Sérgio Salomão. Teoria da pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos da ciência criminal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. Pág. 131.

teoria afirmam que a intimidação criaria um clima de terror e, também, que não se funda na culpabilidade, mas apenas na intimidação, o que contraria o princípio fundamental da culpabilidade.

Já a prevenção geral sob o aspecto positivo, da linha funcionalista, define a pena como o “resultado de eficaz atuação da justiça e da consciência que a sociedade passará a ter sobre esta realidade”⁴⁴. Seria um processo de assimilação dos valores que devem nortear a sociedade. De acordo com Luís Flávio Gomes, “a pena tem finalidade de reforçar a norma violada assim como a autoridade do direito, de mostrar que a norma é relevante”⁴⁵. Régis Prado vislumbra três efeitos da pena esculpida na prevenção geral positiva: a aprendizagem, que consiste em reforçar nas pessoas as regras sociais e condutas que não são toleradas; a confiança no Direito, o respeito à norma (Jakobs); e a pacificação social (Roxin), que se configura na intervenção do Estado para manter a paz social⁴⁶.

Já a prevenção especial atua diretamente sobre a pessoa do delinqüente, utilizando-se da intimidação num primeiro momento. Num segundo instante, se não foi eficaz a intimidação, busca corrigir e reinserir o delinqüente, se possível, no convívio social e, por fim, separá-lo da sociedade se ficar evidenciado ser impossível sua emenda. Conforme esclarece Roxin (*Shecaira e Corrêa Jr., apud, op. cit., pág. 133*), “corrigindo o corrigível (ressocialização), intimidando o intimidável e

⁴³ DIAS, Jorge de Figueiredo. Temas básicos da doutrina penal. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. Pág. 74.

⁴⁴ CORRÊA JR., Alceu. SHECAIRA, Sérgio Salomão. Teoria da pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos da ciência criminal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. Pág. 132.

⁴⁵ GOMES, Luiz Flávio. Direito penal: parte geral: culpabilidade e teoria da pena. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: IELF, 2005. Pág. 64.

⁴⁶ PRADO, Luiz Régis. Curso de direito penal brasileiro, volume 1: parte geral. 7ª ed. rev., atual. e ampl. – Editora Revista dos Tribunais, 2007. Pág. 542.

neutralizando (prisão) o incorrigível e aquele que não é intimidável”. Funda-se na idéia de que pena justa é aquela necessária.

As críticas que se fazem à prevenção especial baseiam-se primeiramente na idéia de que com esta teoria se autoriza a pena por período indeterminado, pois se aqueles que se mostram de difícil correção não podem voltar ao convívio social, estariam sujeitos a uma pena de caráter perpétuo. Aproxima-se também de uma concepção de direito penal do autor, idéia esta afastada pela doutrina.

Outra crítica que se faz é que existem criminosos que não necessitam de uma ressocialização, pois seriam criminosos ocasionais, por um motivo passional, por exemplo. Nesses casos, deveriam ou não ser punidos?

Por outro lado, possui um nítido aspecto humanitário, pois permite a análise de cada indivíduo para a fixação da pena mais justa possível.

A prevenção especial positiva tem como finalidade principal a reintegração do condenado na sociedade. Visa sua recuperação e ressocialização. Por seu turno, a teoria da prevenção especial negativa tem por escopo eliminar o condenado do convívio social.

Finalmente, combinando as diversas teorias retributivas e preventivas, surgem as teorias **mistas, ecléticas ou unificadoras**. É a corrente adotada pelo artigo 59 do Código Penal e pelo artigo 1º da Lei de Execuções Penais. Procuram, segundo Luiz Régis Prado, “conciliar a exigência de retribuição jurídica da pena – mais ou menos acentuada – com os fins de prevenção geral e de prevenção especial”⁴⁷.

⁴⁷ PRADO, Luiz Régis. Curso de direito penal brasileiro, volume 1: parte geral. 7ª ed. rev., atual. e ampl. – Editora Revista dos Tribunais, 2007. Pág. 547.

Fernando Capez aduz que nas teorias mistas “a pena tem a dupla função de punir o criminoso e prevenir a prática do crime, pela reeducação e pela intimidação coletiva”.⁴⁸

A idéia de retribuição continua sendo essencial para a fixação da pena, como modo de compensar a culpabilidade e retribuir pelo mal causado, pacificando socialmente, pois quem sofreu o injusto acaba por aceitar a punição do infrator nos moldes que o estado determinar. Por outro lado, as teorias mistas mantêm o aspecto preventivo, tanto geral quanto especial, pois a retribuição e a prevenção estão intimamente ligadas. Com a pena justa, torna-se mais fácil a compreensão das funções preventiva e retributiva pelo cidadão e pelo autor do delito.

De acordo com Régis Prado, “a retribuição jurídica (neo-retribuição) torna-se um instrumento de prevenção, e a prevenção encontra na retribuição uma barreira que impede sua degeneração”⁴⁹.

Nucci assevera:

*“Não vemos incompatibilidade em unir esforços para visualizar a finalidade da pena sob todos os aspectos que ela, necessariamente, transmite: é – e sempre será – retribuição; funciona – e sempre funcionará – como prevenção positiva e negativa, abrangendo, ainda, a ressocialização do condenado. A teoria da pena é, em nosso entender, multifacetada ou multifatorial”.*⁵⁰

Para Gilberto Ferreira, “a pena, hoje, só se justifica, se tiver por objetivo evitar o cometimento de novos crimes, ressocializando o criminoso”⁵¹. Não se admite o punir

⁴⁸ CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal: parte geral: volume 1. 6ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2003. Pág. 332.

⁴⁹ PRADO, Luiz Régis. Curso de direito penal brasileiro, volume 1: parte geral. 7ª ed. rev., atual. e ampl. – Editora Revista dos Tribunais, 2007. Pág. 548.

⁵⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. Individualização da pena. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. Pág. 86.

⁵¹ FERREIRA, Gilberto. Aplicação da pena – Rio de Janeiro: Forense, 1998. Pág. 30.

pelo punir, pois isso representaria um retrocesso, um retorno aos tempos da vingança privada.

Cabe ressaltar ainda a posição de Roxin, que criou a “teoria dialética unificadora”. Segundo ele, na fase de cominação da pena, sua função seria de prevenção geral negativa; na aplicação, sua função seria de prevenção geral positiva e negativa; na execução, sua finalidade seria de prevenção geral positiva.⁵² Diferentemente, Shecaira e Corrêa Jr. entendem que para Roxin a função da pena seria de

*“proteção subsidiária de bens jurídicos, mediante prevenção geral negativa na cominação da pena; prevenção geral e especial na aplicação da pena, limitada pela medida da culpa; e prevenção especial na execução da pena”.*⁵³

⁵² GOMES, Luiz Flávio. Direito penal: parte geral: culpabilidade e teoria da pena. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: IELF, 2005. Pág. 64/65.

⁵³ CORRÊA JR., Alceu. SHECAIRA, Sérgio Salomão. Teoria da pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos da ciência criminal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. Pág. 134.

3. CRITÉRIO TRIFÁSICO DA APLICAÇÃO DA PENA

3.1. Considerações gerais

Tourinho Filho define sentença “como o ato pelo qual o Juiz põe termo ao processo com ou sem julgamento de mérito”⁵⁴. Ainda, esclarece o autor,

“a função da sentença é declarar o direito. Quando o Juiz procede à subsunção do fato à norma, aplicando o direito à espécie concreta, ela nada mais faz que declarar o direito preexistente. Quando o Juiz condena o réu por furto, p. ex., ele está declarando, naquele caso concreto, o direito de punir do Estado”.⁵⁵

Conforme dispõe o artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, todas as decisões do juiz devem ser fundamentadas, sob pena de nulidade. Na mesma linha, preceitua a exposição de motivos do Código de Processo Penal que “é a motivação da sentença que oferece garantia contra os excessos, os erros de apreciação, as falhas de raciocínio ou de lógica e os demais vícios de julgamento.” Desta forma, a sentença criminal tem que obrigatoriamente ser fundamentada e, ao proferi-la, cumpre ao juiz fixar a pena. Os artigos 58 e 69 do Código Penal estabelecem os parâmetros que devem ser seguidos pelo magistrado no momento da dosar a pena. Porém, o Código Penal lhe confere ampla discricionariedade na análise das circunstâncias judiciais.

Em razão dessa discricionariedade, o juiz deve motivar sua decisão para que fique claro como e por que chegou à determinada pena. Conforme lecionam Shecaira e Corrêa Júnior,

“a exata motivação do quantum da pena aplicada é um elemento de garantia do condenado. Este sabe que sua pena não exorbitará os parâmetros que escapam ao bom senso, quer por seu crime ter causado comoção popular,

⁵⁴ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Manual de Processo Penal. 8ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2006. Pág. 740.

⁵⁵ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Manual de Processo Penal. 8ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2006. Pág. 741.

quer por uma inclinação do juiz em ser mais rigoroso em determinados crimes”.⁵⁶

Portanto, também no momento da aplicação da pena deve o juiz fundamentar sua decisão, sob pena de vê-la anulada nos Tribunais caso não o faça.

Neste sentido:

“Fixada reprimenda sem qualquer fundamentação, em flagrante afronta ao método trifásico, ao Princípio Constitucional da Individualização da Pena e à exigência de que todas as decisões judiciais sejam fundamentadas, concede-se a ordem para anular o acórdão tão-somente quanto à dosimetria da reprimenda, a fim de que outro seja proferido, com a nova fixação da pena, mantida a condenação e a custódia do paciente” (STJ – HC 12766/SP – 5ª T. – rel. Gilson Dipp – j. 14.08.2000).

“Cumpre ao juiz, na sentença, destacar, motivadamente, os fatores que explicam o alvitre da pena-base acima do mínimo legal. O Código Penal, com a inovação da Lei 7.209/84, tornou obrigatório o critério chamado trifásico, para o cálculo da reprimenda (art. 68)” (STF – HC 63.597-1/SP – 2ª T. – rel. Francisco Rezek – j. 04.03.86 – v.u. – RT 606/420).

A propósito, preleciona Nucci que aplicação da pena

*“é o método judicial de discricionariedade juridicamente vinculada visando à suficiência para prevenção e reprovação da infração penal. O juiz, dentro dos limites estabelecidos pelo legislador (mínimo e máximo, abstratamente, fixados para a pena), deve eleger o quantum ideal, valendo-se do seu livre convencimento (discricionariedade), embora com fundamentada exposição do seu raciocínio (juridicamente vinculada)”. Grifo nosso.*⁵⁷

Neste sentido também a Sumula 719 do STF.⁵⁸

Paganella Boschi leciona que na fase denominada judicial, o juiz,

“provado o fato típico e tendo diante de si um indivíduo concreto – e não a teórica e estranha figura do homem médio, como chegou-se a sugerir na doutrina estrangeira – operará dentro das margens penais abstratamente determinadas pelo legislador e apontará a justa medida da pena necessária aos fins sociais de retribuição e de prevenção geral e especial contra a criminalidade. Nesta fase, e tríplice aliança, a individualização, a culpabilidade e a proporcionalidade limitarão o poder judicial em nome da proibição do excesso”.⁵⁹

⁵⁶ CORRÊA JR., Alceu. SHECAIRA, Sérgio Salomão. Teoria da pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos da ciência criminal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. Pág. 275.

⁵⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de direito penal: parte geral: parte especial. 4ªed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. Pág. 428.

⁵⁸ “A imposição de regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea”.

⁵⁹ BOSCHI, José Antonio Paganella. Individualização da pena *in* Crítica à execução penal. Coordenação Salo de Carvalho. 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2007. Pág. 120.

Na reforma do Código Penal, em 1984, o legislador optou, para a fixação das penas privativas de liberdade, pela adoção do método trifásico, conforme prevê o artigo 68 do CP. O critério estabelece que, num primeiro momento, devem ser analisadas as circunstâncias judiciais previstas no caput do artigo 59 do CP, fixando-se a pena-base. A seguir, serão avaliadas as circunstâncias legais (atenuantes e agravantes), e por último as causas de aumento e diminuição de pena.

Cabe ressaltar que antes da aludida reforma, o eminente penalista Roberto Lyra defendia a utilização do critério bifásico, ou seja, o juiz deveria analisar conjuntamente as circunstâncias judiciais e as circunstâncias atenuantes e agravantes, para depois avaliar as causas de aumento e diminuição. Segundo Shecaira e Corrêa Júnior, com o “concurso de todas essas circunstâncias previstas para a segunda fase da fixação da pena, diluíam-se os fundamentos motivadores da pena, fazendo com que o grau de incerteza fosse muito maior”⁶⁰. Tal critério era rechaçado por Nelson Hungria, que apregoava a utilização do método trifásico.

Hoje, a observância do método trifásico é obrigatória na dosimetria da pena, e sua violação, conforme assevera Boschi, “implica nulidade insanável da parte viciada da sentença, consoante vêm decidindo os tribunais, embora entendimento, a nosso ver correto, de que o defeito atinge o decisum como um todo”⁶¹.

Na mesma linha se posiciona Luiz Flávio Gomes:

“Pena acima do mínimo, sem fundamentação, torna a sentença nula (no ponto). No ponto significa o seguinte: não se anula a sentença toda, mas somente a fixação da pena. O juiz deve renovar o ato, nesse ponto”.⁶²

⁶⁰ CORRÊA JR., Alceu. SHECAIRA, Sérgio Salomão. Teoria da pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos da ciência criminal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. Pág. 275.

⁶¹ BOSCHI, José Antonio Paganella. Das penas e seus critérios de avaliação. 4ª ed. rev. e atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006. Pág. 180.

⁶² GOMES, Luiz Flávio. Direito penal: parte geral: culpabilidade e teoria da pena. São Paulo: RT, 2005. Pág. 77.

Conforme veremos a seguir, há decisões em ambos os sentidos. Anulando somente a parte atingida pela nulidade:

“Habeas corpus. Falta de observância, no caso, do método trifásico de fixação da pena do ora paciente. Habeas corpus deferido em parte, para que, sem prejuízo da condenação e da prisão do ora paciente, seja anulada a sentença na parte que lhe individualizou a pena privativa de liberdade, devendo outra ser prolatada nessa parte com a observância do método trifásico” (HC 74.016-2-PR – Rel. Min. Moreira Alves – 1ª Turma – STF – DJU 07.02.1997, pág.1.139). Grifo nosso.

“CRIMINAL. RHC. QUADRILHA ARMADA. REGIME PRISIONAL FECHADO. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. OMISSÃO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. CIRCUNSTÂNCIA INCOMPATÍVEL COM O DELITO DE QUADRILHA. RECEPÇÃO. CRIME NÃO IMPUTADO AO PACIENTE. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ARGUMENTOS DO RECURSO PREJUDICADOS. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO.

I. Hipótese na qual se requer a fixação de regime prisional mais brando e a determinação de análise na sentença condenatória da possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

II. Apesar do impetrante não ter questionado a dosimetria da pena imposta ao réu, verifica-se a ocorrência de flagrante incorreção no ato, o qual deve ser reconhecido de ofício por esta Corte.

III. É viável o exame da dosimetria da pena por meio de habeas corpus, devido a eventual desacerto na consideração de circunstância ou errônea aplicação do método trifásico, se daí resultar flagrante ilegalidade e prejuízo ao réu – hipótese dos autos.

III. Não obstante a existência de certa discricionariedade na dosimetria da pena, relativamente à exasperação da pena-base, é indispensável a sua fundamentação, com base em dados concretos e em eventuais circunstâncias desfavoráveis do art. 59 do Código Penal.

IV. Evidenciado que os argumentos expostos pelo Julgador para majorar a pena-base não se coadunam com o delito pelo qual o réu foi condenado, ou seja, com a quadrilha, mas sim com suposta recepção, que não restou atribuída a ele, resta configurado constrangimento ilegal.

V. O fomento e a instigação da ação da quadrilha no tocante aos atos praticados só poderiam, em tese, servir de motivação para o aumento da pena-base caso o delito atribuído ao paciente fosse a recepção.

VI. Não se justifica a fixação da pena-base acima do mínimo legal, pois a fundamentação utilizada pelo Magistrado para justificar o aumento da reprimenda imposta ao réu não é compatível com o delito de quadrilha.

VII. Deve ser cassado o acórdão recorrido, bem como a sentença monocrática, sendo esta tão-somente no tocante à dosimetria da reprimenda, a fim de que outra seja proferida com nova e motivada fixação da pena, em observância ao sistema trifásico, mantida a condenação do paciente.

VIII. Determinada a reforma da dosimetria da pena, restam prejudicados os pleitos de abrandamento do regime prisional, bem como de análise da

possibilidade de substituição da reprimenda imposta por pena restritiva de direitos.

IX.Habeas corpus concedido de ofício, nos termos da fundamentação do relator.”(STJ – RHC 19390/SP – 5ª T. – Rel. Min. Gilson Dipp – DJ 01.08.2006 – pág. 462) Grifos nossos.

Anulando toda a sentença:

“O processo de individualização da pena, de previsão constitucional, tem o seu rigoroso disciplinamento no art. 59 do CP, que se completa com as disposições do art. 68, do mesmo estatuto, que preconiza o sistema trifásico: ...É nula a sentença que, inobservando tais preceitos, fixa a pena por furto em grau acima do mínimo e faz incidir circunstância agravante, num processo único, sem decantar as fases, nem explicitar os motivos para exasperação da reprimenda” (STJ – Resp. 118.878/RJ – 6ª T. – rel. Vicente Leal – j. 11.12.1997 – v.u.). Grifo nosso.

“RECURSO EM HABEAS CORPUS. PENAL. PROCESSO PENAL. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. CRIME DE EXTORSÃO QUALIFICADA. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO. 1. O Ministério Público tem legitimidade para recorrer quer como parte, quer como fiscal da lei. Poderá fazê-lo, inclusive, em favor do réu. 2. É nulo o acórdão que reconhece o crime de extorsão qualificada, fixa a pena-base acima do mínimo legal e não desenvolve a necessária fundamentação. Desatendimento do método trifásico na individualização da pena-base. O acórdão do STJ, deve ser anulado em relação aos réus cuja decisão foi denegatória. Outro deve ser proferido com a necessária fundamentação. Recurso conhecido e provido em parte.”(RHC 80077?RJ – Rio de Janeiro – 2ª Turma – Relator Min. Nelson Jobim – DJ 21.09.2001). Grifo nosso.

Posicionamo-nos ao lado da corrente doutrinária e jurisprudencial que entende ser nula somente a parte viciada da sentença, pois entendemos que desta forma melhor se atende aos princípios da celeridade e economia processual.

Sobreleva ressaltar que, apesar de posicionamentos em contrário⁶³, se aplicada pena no mínimo legal, dispensa-se a fundamentação. A propósito preleciona José Eulálio Figueiredo de Almeida: “fixada a pena-base no mínimo legal, segundo

⁶³ CARVALHO NETO, Inácio de. Aplicação da pena. 3ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Método, 2008. Pág. 39.

entendimento doutrinário e jurisprudencial majoritário, fica o juiz isento de fundamentar o quantum da dosagem”.⁶⁴

Nucci, apesar de também posicionar-se contrário a essa orientação, observa que o argumento utilizado por seus defensores é o de que se a pena foi fixada no mínimo, sinal que todas as circunstâncias judiciais e legais foram favoráveis ao sentenciado.⁶⁵

Neste sentido tem se posicionado a jurisprudência:

“O não estabelecimento da pena-base, por inobservância do critério trifásico para aplicação da pena, arts. 59 e 68 do CP, não implica em nulidade quando a condenação e o aumento pelas qualificadoras são aplicados nos mínimos legais, porque não há prejuízo para o réu. Só há nulidade quando a pena-base ou as qualificadoras são aplicadas acima do mínimo legal sem fundamentação”. (HC 70.884-6, STF, DJU 27.09.1994, p. 25.328)

Nos tópicos seguintes, analisar-se-ão sucintamente as fases de aplicação da pena. Como não fazem parte do objetivo específico do trabalho, a 2ª e 3ª fases serão citadas resumidamente, apenas para complemento de estudo (na 2ª fase, estudar-se-á com maior cuidado a figura da reincidência).

3.2. 1ª Fase

3.2.1. Pena-base

Segundo Nucci, “pena-base é a primeira escolha do juiz no processo de fixação da pena, sobre a qual incidirão as agravantes e atenuantes e, em seguida, as causas de aumento e diminuição”⁶⁶.

Interessante conceito sobre o tema nos traz Paganella Boschi:

⁶⁴ ALMEIDA, José Eulálio Figueiredo de. Sentença penal: doutrina – jurisprudência – prática. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. Pág. 211.

⁶⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. Individualização da pena. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. Pág. 344.

“pena-base é aquela que o juiz aplicaria, em definitivo, se não existissem causas legais de modificação definidas como agravantes, atenuantes, majorantes e minorantes, de incidência obrigatória na segunda e na terceira fases do método trifásico (art. 68 CP)”.⁶⁷

Pena-base é, portanto, a pena inicialmente fixada em concreto, fundada somente sobre as circunstâncias judiciais, que, de acordo com René Dotti, “serve de apoio para as adições e reduções determinadas pelas circunstâncias atenuantes e agravantes e pelas causas de especial diminuição ou aumento”⁶⁸.

Na pena-base, a sanção imposta não poderá ficar acima ou abaixo do limite mínimo e máximo previstos em abstrato. Se todas as circunstâncias forem favoráveis ao réu, a pena-base deverá permanecer no mínimo legal, se todas forem desfavoráveis, não poderá ultrapassar o máximo previsto em abstrato.

3.2.2. Circunstâncias judiciais

Antes de adentrarmos na análise das circunstâncias judiciais, mister conceituarmos elementares e circunstâncias, para melhor compreensão.

Para Capez, elementar

“é todo componente essencial da figura típica, sem o qual esta desaparece (atipicidade absoluta) ou se transforma (atipicidade relativa). Encontra-se sempre no chamado tipo fundamental ou tipo básico, que é o caput do tipo incriminador”.⁶⁹

Esclarecem com precisão Shecaira e Corrêa Júnior que

“circunstâncias são todos os fatos ou dados que se encontram ao redor do delito, de natureza objetiva ou subjetiva, mas que não interferem na caracterização do crime, podendo apenas agravar ou diminuir a pena do

⁶⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. Individualização da pena. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. Pág. 163.

⁶⁷ BOSCHI, José Antonio Paganella. Das penas e seus critérios de avaliação. 4ª ed. rev. e atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006. Pág. 185.

⁶⁸ DOTTI, René Ariel. Curso de direito penal: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2005. Pág. 514.

⁶⁹ CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal: parte geral: volume 1. 6ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2003. Pág. 394.

*mesmo. As circunstâncias, portanto, não se confundem com os elementos do tipo penal, sem os quais o crime não se caracteriza”.*⁷⁰

Por sua vez, circunstâncias judiciais são aquelas que apesar de dependerem do arbítrio do juiz, se existentes, devem obrigatoriamente ser reconhecidas, em cumprimento ao princípio da individualização da pena, conforme leciona Gilberto Ferreira.⁷¹

As circunstâncias judiciais não podem ser entendidas como “circunstâncias do crime”, mas sim, conforme sublinha Salo de Carvalho - acompanhado de outros penalistas, como Luiz Régis Prado -, como parâmetros que limitam a aplicação da pena, limitam a discricionariedade do juiz, que não pode ser confundida com arbitrariedade⁷².

Em interessante síntese a qual nos valem, Nucci observa que as circunstâncias judiciais

*“são residuais a todas as outras, isto é, se não encontrarmos a circunstância como causa de aumento/diminuição ou como agravante/atenuante, pode o juiz inseri-la como circunstância formadora da pena-base, no contexto do referido art. 59”.*⁷³

Portanto, deve cuidar o julgador para não incorrer no *bis in idem*, pois havendo circunstância que se configure em agravante, causa de aumento ou qualificação, não pode ser valorada na 1ª fase de aplicação da pena.

As circunstâncias judiciais se dividem em objetivas e subjetivas, e encontram-se previstas no caput do artigo 59 do Código Penal. As subjetivas são: culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade e motivos determinantes; As objetivas são:

⁷⁰ CORRÊA JR., Alceu. SHECAIRA, Sérgio Salomão. Teoria da pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos da ciência criminal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. Pág. 264.

⁷¹ FERREIRA, Gilberto. Aplicação da pena – Rio de Janeiro: Forense, 1998. Pág. 70.

⁷² CARVALHO, Amilton Bueno de. CARVALHO, Salo de. Aplicação da pena e garantismo. 4ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2008. Pág. 36.

circunstâncias e conseqüências do crime e comportamento da vítima.⁷⁴ Devem ser consideradas para a fixação da pena-base e para se estabelecer o regime inicial de cumprimento de pena. Todas devem ser valoradas e fundamentadas pelo magistrado, sob pena de nulidade da sentença, como vimos no tópico 3.1.

O Desembargador Mário Helton Jorge, do Tribunal de Justiça do Paraná, defende a utilização de critério matemático para a valoração das circunstâncias judiciais, ou seja, “não existindo preponderância entre as circunstâncias judiciais, cada uma poderia elevar a pena mínima em até 1/8 da variação prevista no tipo penal.”⁷⁵ Entendemos que tal critério, em que pese o brilhante modo como o Desembargador Mário Helton o defende, não deve ser utilizado, por dois motivos principais: a adoção do critério matemático não deixaria margem de discricionariedade ao julgador, pois independente de uma circunstância pesar mais gravemente em desfavor do acusado, seria valorada da mesma maneira que outra que tivesse pouca influência; o critério eleva sobremaneira a pena, de forma disforme.

Faremos a seguir uma breve análise de cada uma das circunstâncias judiciais.

3.2.2.1. Culpabilidade

Segundo Nucci, “trata-se, naturalmente, da culpabilidade em sentido lato, ou seja, a reprovação social que o crime e o autor do fato merecem”⁷⁶. Completa, afirmando que “a culpabilidade, como elemento do crime, já foi analisada, justamente

⁷³ NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de direito penal: parte geral: parte especial. 4ªed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. Pág. 429.

⁷⁴ BOSCHI, José Antonio Paganella. Das penas e seus critérios de avaliação. 4ª ed. rev. e atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006. Pág. 187.

⁷⁵ JORGE, Mário Helton. A quantificação da pena em face das circunstâncias. Jus Navegandi, Teresina, ano 8, n. 285, 18 abr. 2004. Disponível em: [HTTP://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5095](http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5095). Acesso em 12 set. 2008.

para o juiz chegar à conclusão de que o réu merece ser condenado”⁷⁷. Para Paganella Boschi, é a culpabilidade que fundamentará o juízo de condenação, isto é, a partir de um juízo condenatório, declarando a culpabilidade, esta deverá ser graduada, para que se possa obter o *quantum* da pena⁷⁸. Gilberto Ferreira aduz que a culpabilidade serve como instrumento balizante da pena, segundo ele, “quanto maior a culpabilidade, maior a pena”⁷⁹, afirmando posteriormente que a culpabilidade não deveria estar inserida no artigo 59, pois não se caracteriza como uma circunstância, mas sim como um juízo de reprovação⁸⁰.

Figueiredo Dias assevera que

“a verdadeira função da culpa no sistema punitivo reside efectivamente numa incondicional proibição de excesso; a culpa não é fundamento da pena, mas constitui seu limite inultrapassável”.⁸¹

Portanto, sintetizando o pensamento dos autores citados, a culpabilidade tem como principais funções graduar a pena e limitar a atuação do juiz.

Para Luiz Flávio Gomes, ao graduar a pena, o juiz deve considerar a situação do réu em relação ao bem jurídico violado, ou seja, se demonstra menosprezo total (dolo direto), indiferença (dolo eventual) ou descuido (crime culposo). Para o renomado penalista, “o que antigamente se chamava de ‘intensidade do dolo’, na verdade, nada mais é do que a posição de menosprezo ou indiferença do agente frente ao bem jurídico”⁸² e, seguindo o raciocínio, completa:

⁷⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de direito penal: parte geral: parte especial. 4ªed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. Pág. 430.

⁷⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. Individualização da pena. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. Pág. 170.

⁷⁸ BOSCHI, José Antonio Paganella. Das penas e seus critérios de avaliação. 4ª ed. rev. e atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006. Pág. 190/191.

⁷⁹ FERREIRA, Gilberto. Aplicação da pena – Rio de Janeiro: Forense, 1998. Pág. 71.

⁸⁰ FERREIRA, Gilberto. Aplicação da pena – Rio de Janeiro: Forense, 1998. Pág. 238.

⁸¹ DIAS, Jorge de Figueiredo. Temas básicos da doutrina penal. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. Pág. 109.

⁸² GOMES, Luiz Flávio. Direito penal: parte geral: culpabilidade e teoria da pena. São Paulo: RT, 2005. Pág. 75.

*“O que antes se denominava graus de culpa tem relevância penal: é fundamental saber qual foi o nível de descuido do agente frente ao bem jurídico. Culpa grave, gravíssima, leve ou levíssima é importante para a fixação da pena. O juiz deve valorar tudo isso, para quantificar a pena”.*⁸³

Entretanto, em posição diversa, Inácio de Carvalho Neto e Guilherme de Souza Nucci asseveram que a alteração trazida pela Lei 7.209/84 - substituindo as expressões intensidade do dolo e grau de culpa -, foi positiva. Segundo eles, para a composição do fato típico não interessa ao magistrado se o dolo foi “intenso” ou a culpa “leve”, “grave” ou “gravíssima”, basta a certeza de que houve dolo ou culpa para sua consumação, isto é, firma-se que o crime ocorreu, independente do grau de dolo ou de culpa. Retira-se, portanto, o elemento subjetivo, bastando o grau de reprovabilidade causado pelo fato delituoso. Porém, esclarecem que na aplicação da pena é importante se aferir a intensidade do dolo ou o grau de culpa do agente. Nucci acredita que a culpabilidade é a soma de todos os demais elementos do artigo 59 e que a intensidade do dolo ou o grau de culpa devem ser analisados na personalidade do agente⁸⁴. Para Paganella Boschi, devem ser avaliados na exigibilidade de conduta diversa.

Salo de Carvalho entende que a culpabilidade “não pode ser confundida com o juízo de censura moral”⁸⁵, pois desta forma se estaria abandonando o modelo garantista, estabelecendo um julgamento “ético/moral do autor”, vinculando a culpabilidade à periculosidade do agente, que deve ser aferida na personalidade.

Para se averiguar a culpabilidade, é necessária a análise de três elementos: imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa, temas que fogem ao propósito do trabalho e por isso não serão analisados.

⁸³ GOMES, Luiz Flávio. Direito penal: parte geral: culpabilidade e teoria da pena. São Paulo: RT, 2005. Pág. 75.

⁸⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. Individualização da pena. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. Pág. 174.

Vale o lembrete que se verificado grau reduzido de imputabilidade, deverá ser considerado como causa de diminuição de pena, na 2ª fase. A potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa devem ser analisadas na 1ª fase de aplicação de pena. Em interessante artigo, Juliana de Andrade Colle assevera que na análise do potencial conhecimento da ilicitude, “se o agente estiver prejudicado por um erro de proibição evitável (artigo 21, do Código Penal), este será sopesado somente na terceira etapa dosimétrica por constituir causa de diminuição”.⁸⁶

3.2.2.2. Antecedentes do agente

Constituem antecedentes todos os fatos, bons ou maus, da vida anterior do réu, limitados ao campo criminal. Fatos posteriores ao crime não podem ser analisados nos antecedentes, mas - conforme posicionamento de Inácio de Carvalho -, se houverem subsídios concretos, podem ser valorados na personalidade do agente ou na conduta social⁸⁷.

Nucci revela que antes da reforma penal de 1984, os antecedentes do agente abrangiam todo seu passado, inclusive suas relações familiares, sociais e de trabalho⁸⁸. Com a reforma, a conduta social passou a ser circunstância separada dos antecedentes.

Nesse ponto instaura-se pequena dificuldade para alguns magistrados no momento de fixar a pena: a reincidência deve ser aplicada neste momento ou na 2ª fase, na análise das agravantes e atenuantes? Se aplicadas na 2ª fase, o que considerar

⁸⁵ CARVALHO, Amilton Bueno de. CARVALHO, Salo de. Aplicação da pena e garantismo. 4ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2008. Pág. 45.

⁸⁶ COLLE, Juliana de Andrade. Critérios para a valoração das circunstâncias judiciais (art. 59 do CP) na dosimetria da pena. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 572, 30 jan. 2005. Disponível em: [HTTP://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6232](http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6232). Acesso em 12 set. 2008.

⁸⁷ CARVALHO NETO, Inácio de. Aplicação da pena. 3ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Método, 2008, pág. 49.

nos antecedentes? A resposta à questão tentaremos encontrar no capítulo 4 deste trabalho.

3.2.2.3. Conduta social

Como já mencionado, com a reforma de 1984, na conduta social do agente são avaliadas suas relações sociais, sua conduta no trabalho, suas relações familiares. Paganella Boschi aduz que essa valoração deve sempre ser feita em relação ao ambiente ao qual o agente está inserido, e não em relação ao suposto “homem médio”, “homem de bem”⁸⁹.

Para Nucci,

*“o magistrado precisa conhecer a pessoa que estará julgando, 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”.*⁹⁰

Geralmente as provas da conduta social do acusado são obtidas durante os depoimentos. Desta forma, é imprescindível que o magistrado tenha sensibilidade e perspicácia para registrar e valorar todas as informações colhidas durante a instrução.

Erroneamente, algumas vezes se elabora um questionário onde o próprio acusado fornece detalhes sobre sua vida pessoal. Certamente este questionário não será de muita valia para formar a opinião do magistrado. Paganella Boschi e Salo de Carvalho posicionam-se contrários a valoração da conduta social do agente, pois isto fortalece o direito penal do autor, tão contestado atualmente.

⁸⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. Individualização da pena. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. Pág. 179.

⁸⁹ BOSCHI, José Antonio Paganella. Das penas e seus critérios de avaliação. 4ª ed. rev. e atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006. Pág. 204.

3.2.2.4. Personalidade do agente

Conforme citamos no item 3.2.2.1, nesse momento o juiz deve analisar entre outros quesitos, a periculosidade do agente. Na análise da personalidade deve se levar em conta o caráter, o temperamento do acusado, que pode ser aferido através de minucioso estudo sobre o meio, sobre as condições em que ele vive, levando-se em conta as oportunidades que a vida lhe deu. A partir dessa avaliação, passa-se a avaliação se elementos como agressividade, preguiça, frieza emocional, bondade, maldade, entre outros.⁹¹

Gilberto Pereira alerta que “o juiz deve ter sensibilidade, certo de que a formação da personalidade depende essencialmente das condições de vida do agente”⁹².

Entretanto, cabe ressaltar que grande parte da doutrina, entre eles Guilherme de Souza Nucci e Paganella Boschi, entende ser de difícil avaliação a personalidade do agente, pelos seguintes motivos:

- é quase impossível para o juiz preparar uma análise precisa a respeito da personalidade de alguém, pois requer conhecimentos específicos de psicologia, antropologia, psiquiatria e medicina, conhecimentos estes que raramente magistrados possuem, pois fogem da esfera do direito;

- em razão da “mutabilidade”, inerente a personalidade humana, ou seja, a personalidade do ser humano se modifica durante a vida, em virtude de diversos fatores, tais como manifestações genéticas, modificações nos relacionamentos, no

⁹⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de direito penal: parte geral: parte especial. 4ªed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. Pág. 436.

⁹¹ NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de direito penal: parte geral: parte especial. 4ªed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. Pág. 437.

⁹² FERREIRA, Gilberto. Aplicação da pena – Rio de Janeiro: Forense, 1998. Pág. 88.

ambiente em que vive o indivíduo, traumas sofridos, estados de puberdade, maturidade e senilidade, o cumprimento de pena por vários anos.

Gilberto Ferreira ainda aponta outros fatores que dificultam a análise: a falta de tempo para que o juiz brasileiro possa se dedicar a um estudo tão profundo; as precárias condições materiais do judiciário e da polícia, que acarretam numa instrução deficiente na grande maioria dos processos, impedindo que se faça uma análise mais pormenorizada da personalidade do agente.⁹³

Apesar dos fatores citados, Nucci defende que na análise da personalidade do agente não se deve exigir do juiz os conhecimentos abordados acima. Basta o “seu natural bom senso, utilizado, inclusive e sempre, para descobrir a própria culpa do réu”⁹⁴. Deve se valer de sua experiência, seus valores pessoais, suas convicções. Para o emérito penalista, não se pode cercear a atividade do magistrado, sob pena de se ferir o princípio constitucional da individualização da pena, pois delimitando a análise a aspectos objetivos, cresce a possibilidade de padronização da punição.

Nesse sentido, acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Paraná, em 2002:

“o dever de individualizar a pena fundamentadamente pode ser cumprido de forma concisa, desde que se apontem elementos de convencimento judicial das conclusões emitidas pelo julgador” (TJPR – 2ª Câmara Criminal, Apelação Criminal n.º 96.091-2. Relator Juiz convocado José Maurício Pinto de Almeida. DJ 04/04/2002).

Entretanto, se percebe que diversos magistrados, receosos ou sentindo-se incapazes para avaliar a personalidade do agente, eximem-se desta tarefa, alegando ‘não existirem nos autos elementos suficientes’ para tal análise.

⁹³ FERREIRA, Gilberto. Aplicação da pena – Rio de Janeiro: Forense, 1998. Pág. 88.

⁹⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. Individualização da pena. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. Pág. 192.

No nosso entender, não se sentindo capacitado para valorar essa circunstância, seja por escassos conhecimentos técnicos ou pela carência de elementos nos autos, deve o julgador abster-se de valorar a personalidade do agente, evitando assim agravar a pena do acusado de maneira injusta.

3.2.2.5. Motivos do crime

São as razões, os fatores que levaram o agente a cometer o delito. Pode ser por amor, ódio, ganância, necessidade ou mesmo por algum motivo nobre. Algumas vezes, a motivação já integra o próprio tipo, ou mesmo agravante, atenuante, causa de aumento ou diminuição⁹⁵, devendo ter cuidado o magistrado para não incorrer no erro de analisar duas vezes a mesma causa, ou seja, deve evitar o *bis in idem*.

Alguns crimes, apesar de a figura típica ser una, podem se dar ora por motivos torpes - que acarretam em aumento da pena -, ora por motivos nobres. São motivos negativos, por exemplo, matar por dinheiro (paga ou promessa) ou por vingança. São razões positivas, que podem diminuir a pena do acusado, matar por piedade, como na eutanásia.

3.2.2.6. Circunstâncias do crime

As circunstâncias do crime dizem respeito ao *modus operandi* do agente, isto é, a maneira como foi praticado o delito. Leva-se em conta os instrumentos utilizados, o tempo de duração do crime, o local da consumação, etc.

⁹⁵ CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal: parte geral: volume 1. 6ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2003. Pág. 401.

As circunstâncias podem estar expressamente previstas na lei, nesse caso não são avaliadas na 1ª fase de fixação da pena, mas sim na 2ª ou na 3ª fase (ou podem fazer parte do tipo – qualificadoras), como agravantes, atenuantes, majorantes ou minorantes. Somente quando genericamente previstas são analisadas na 1ª fase. São, portanto, tratadas como circunstâncias residuais, ou seja, somente são consideradas se não fizerem parte das circunstâncias legais.

Como já explicado anteriormente, também nesse caso deverá o magistrado cuidar para não incidir no *bis in idem*.

3.2.2.7. Conseqüências do crime

Referem-se ao mau causado pelo crime, à intensidade da lesão criada no bem jurídico da vítima. São, portanto, os efeitos, os resultados decorrentes do delito. Conforme leciona Nucci, transcendem o resultado típico, como no caso de alguém que assassina sua esposa na frente dos filhos. O resultado morte faz parte do tipo (*efeito necessário do crime, conforme observa Inácio de Carvalho – op. cit., pág. 70*), mas o trauma causado às crianças extrapola o resultado típico⁹⁶.

3.2.2.8. Comportamento da vítima

É o modo como a vítima age, pois algumas vezes ela pode instigar, provocar o agente, contribuindo para a prática do crime. Essa contribuição pode ser intencional ou não.

⁹⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. Individualização da pena. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. Pág. 205.

Luiz Flávio Gomes assevera que a culpa da vítima não elide a culpa do agente, mas pode atenuar a punição. Porém, completa, “quando o fato ocorreu por culpa exclusiva da vítima é diferente: nesse caso o agente não responde por nada”⁹⁷.

Para Paganella Boschi, o comportamento da vítima deve ser analisado conjuntamente à culpabilidade, pois ao colaborar para a prática do delito, o ofendido estará automaticamente diminuindo a culpa do agente.

3.3. 2ª Fase

Feita a análise das circunstâncias judiciais e fixada a pena-base, o juiz passará a análise das agravantes e atenuantes genéricas, previstas na parte geral do Código Penal. São as denominadas circunstâncias legais. Segundo Paganella Boschi, “as agravantes e atenuantes caracterizam-se como circunstâncias legais, genéricas, taxativas e obrigatórias”⁹⁸. São genéricas em razão de se aplicarem a todos os crimes; obrigatórias porque se constatadas, não pode o julgador se eximir de aplicá-las na mensuração da pena.⁹⁹ Também nessa etapa o quantum a ser acrescido é estabelecido discricionariamente pelo juiz, mas sempre fundamentando sua decisão. O julgador, como já ocorre na 1ª fase, está limitado aos limites mínimo e máximo da pena prevista abstratamente. Nesse sentido já dispôs a Súmula 231 do STJ.¹⁰⁰

As agravantes estão elencadas nos artigos 61 e 62 do CP, já as atenuantes nos artigos 65 e 66, do mesmo diploma. O quantum a ser acrescido ou diminuído fica a

⁹⁷ GOMES, Luiz Flávio. Direito penal: parte geral: culpabilidade e teoria da pena. São Paulo: RT, 2005. Pág. 76.

⁹⁸ BOSCHI, José Antonio Paganella. Das penas e seus critérios de avaliação. 4ª ed. rev. e atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006. Pág. 244.

⁹⁹ FERREIRA, Gilberto. Aplicação da pena – Rio de Janeiro: Forense, 1998. Pág. 101.

¹⁰⁰ Súmula 231: A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal.

critério do juiz, não existindo índices pré-estabelecidos, porém sempre limitado à culpabilidade, conforme defende Paganella Boschi.¹⁰¹

Caso se verifique o concurso de atenuantes e agravantes, o art. 67 do CP indica que a pena deve se aproximar do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes, entendendo-se como tais as que resultam dos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da reincidência.

Por ser o principal objetivo do presente estudo e para melhor compreensão do capítulo 4, traçaremos algumas considerações somente sobre a reincidência.

3.3.1. Reincidência

Segundo preleciona Luiz Flávio Gomes, reincidência, em direito penal, significa “repetir o fato punível, leia-se, a infração penal”¹⁰². Para Nucci, de acordo com o artigo 63 do Código Penal, “é o cometimento de uma infração penal após já ter sido o agente condenado definitivamente, no Brasil ou no exterior, por crime anterior”¹⁰³.

Como veremos no capítulo seguinte, a reincidência, como condição para agravar a pena do agente, gera controvérsia na doutrina e na jurisprudência. A principal polêmica quanto à sua aplicação reside no perigo em se punir o autor do fato duas vezes pelo mesmo crime, ou seja, violar-se-ia o princípio do *ne bis in idem*.

¹⁰¹ BOSCHI, José Antonio Paganella. Individualização da pena *in* Crítica à execução penal. Coordenação Salo de Carvalho. 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2007. Pág. 133.

¹⁰² GOMES, Luiz Flávio. Direito penal: parte geral: culpabilidade e teoria da pena. São Paulo: RT, 2005. Pág. 84.

¹⁰³ NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de direito penal: parte geral: parte especial. 4ªed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. Pág. 452.

Conforme leciona Gilberto Ferreira, o fundamento da reincidência “reside no fato de ter sido ineficiente a pena anterior e de revelar o agente maior culpabilidade e periculosidade ao ignorar os apelos feitos pela ordem jurídica de não delinquir”¹⁰⁴.

São duas as espécies de reincidência: a real, na qual se comete novo crime após ter sido cumprida pena anterior; e a ficta, onde o crime é cometido após o trânsito em julgado de sentença condenatória, mas na qual ainda não foi cumprida a pena imposta. Gilberto Ferreira inclui uma terceira espécie, a incompleta, que se dá “quando o novo crime é cometido antes do trânsito em julgado da decisão relativa ao crime anterior”¹⁰⁵. Como veremos no capítulo seguinte, esta hipótese não deve ser considerada reincidência. O Código Penal adotou, no artigo 63, a reincidência ficta.

Luiz Flávio Gomes assevera que a reincidência também pode ser genérica ou específica. A genérica ocorre quando os crimes são de natureza diferente; a específica com crimes previstos no mesmo tipo legal ou com características comuns.

O artigo 64 do Código Penal estabelece que a condenação transitada em julgado não poderá ser considerada para efeitos de reincidência, se já houver decorrido período de tempo superior a cinco anos entre o cumprimento da pena e o cometimento do novo delito, computando-se nesse prazo o período de prova do *sursis* e do livramento condicional, caso não tenha sido revogado o benefício.

A prova da reincidência se faz por meio de certidão cartorária da sentença condenatória transitada em julgado.¹⁰⁶

¹⁰⁴ FERREIRA, Gilberto. Aplicação da pena – Rio de Janeiro: Forense, 1998. Pág. 108.

¹⁰⁵ FERREIRA, Gilberto. Aplicação da pena – Rio de Janeiro: Forense, 1998. Pág. 108.

¹⁰⁶ GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. Direito penal: parte geral. 13ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2007. Pág. 139.

Gilberto Ferreira aduz que para que haja reincidência, devem estar presentes dois requisitos: a condenação por crime anterior, excluindo-se os militares próprios (previstos no Código Penal Militar) e políticos, com trânsito em julgado; cometimento de novo crime pelo agente, nos cinco anos seguintes à condenação anterior.

Luiz Flávio Gomes obtempera que desta forma é possível que alguém pratique diversos crimes e não seja reincidente, pois basta que cometa todos os delitos antes da condenação definitiva. Pondera que “o fato de aparecerem novas condenações, depois da primeira, por fatos ocorridos antes desta última, não gera a reincidência”¹⁰⁷.

Nucci elabora interessante quadro, ao qual nos valem para melhor explicar quando devem ser observados os efeitos da reincidência:

*“a) crime (antes) – crime (depois);
b) crime (antes) – contravenção penal (depois);
c) contravenção (antes) – contravenção (depois).
Não se admite: contravenção (antes) – crime (depois), por falta de previsão legal”*.¹⁰⁸

Entretanto, devido a omissão legislativa, se o agente cometer contravenção no exterior e contravenção no Brasil, não pode ser considerado reincidente.

Nucci enumera outros efeitos que podem decorrer da reincidência, além do agravamento da pena. São os seguintes:

“a) existência de uma agravante que prepondera sobre outras circunstâncias legais; b) possibilidade de impedir a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou multa; c) quando por crime doloso, impedimento à obtenção de sursis; d) possibilidade de impedir o início da pena nos regimes semi-aberto e aberto, salvo quando se tratar de detenção, porque há polêmica a esse respeito; e) motivo para aumentar o prazo de obtenção do livramento condicional; f) impedimento ao livramento condicional nos casos de crimes hediondos, tortura, tráfico de entorpecentes e terrorismo, tratando-se de reincidência específica; g) aumento do prazo de prescrição da pretensão executória em um terço; h) causa de interrupção do prazo de prescrição; i) possibilidade de revogação do sursis, do livramento

¹⁰⁷ GOMES, Luiz Flávio. Direito penal: parte geral: culpabilidade e teoria da pena. São Paulo: RT, 2005. Pág. 85.

¹⁰⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de direito penal: parte geral: parte especial. 4ªed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. Pág. 452.

*condicional e da reabilitação; j) impedimento ao direito de apelar em liberdade ou aguardar o julgamento pelo Tribunal do Júri em liberdade; l) aumento de um terço até a metade da pena de quem já foi condenado por violência contra a pessoa no caso de porte ilegal de arma; m) integração ao tipo da contravenção penal de ter consigo material utilizado para furto, por quem já foi condenado por furto ou roubo; n) não permissão de concessão do furto privilegiado, do estelionato privilegiado e das apropriações privilegiadas; o) possibilidade de causar a decretação da prisão preventiva ; p) impedimento aos benefícios da Lei 9099/95”.*¹⁰⁹

3.4. 3ª Fase

As causas de aumento ou diminuição são causas facultativas (diminuição) ou obrigatórias (aumento) e podem estar previstas tanto na parte especial como na parte geral do Código Penal ou ainda em leis especiais. Vêm determinadas em quantidade fixa ou variável. Nesse momento o magistrado pode aplicar pena superior à máxima prevista em abstrato ou inferior à mínima. Não se confunde com qualificadoras, pois estas deverão ser analisadas na primeira fase de aplicação da pena, são elementares do próprio crime.¹¹⁰

De acordo com o art. 68 do CP, as causas de diminuição devem ser consideradas pelo magistrado antes das causas de aumento. Caso não obedecida essa ordem, a sentença será nula.

O magistrado só pode reconhecê-las se estiverem ao menos descritas implicitamente na denúncia, pois as partes não podem ser surpreendidas com fatos aos quais não puderam se defender.

Cabe ressaltar que no caso de haver concurso de causas de aumento ou de diminuição previstas na parte especial do CP, “pode o juiz criminal limitar-se a aplicar

¹⁰⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de direito penal: parte geral: parte especial. 4ªed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. Págs. 454/455.

¹¹⁰ FERREIRA, Gilberto. Aplicação da pena – Rio de Janeiro: Forense, 1998. Pág. 141.

um só aumento ou uma só diminuição, devendo ser prevalente, entretanto, a causa que mais aumente ou que mais diminua a reprimenda”.¹¹¹

Por fim, devemos lembrar que caso ocorram duas causas de aumento ou de diminuição, o magistrado deverá considerar uma como tal e outra como circunstância legal genérica, atenuante ou agravante, sempre respeitando o princípio da motivação das decisões.¹¹²

¹¹¹ ALMEIDA, José Eulálio Figueiredo de. Sentença penal: doutrina – jurisprudência – prática. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. Pág. 222.

4. ANTECEDENTES, CONDUTA SOCIAL DO AGENTE E REINCIDÊNCIA SOB A ÓTICA GARANTISTA

4.1. Breves noções a respeito do garantismo penal

Como já comentado nos capítulos anteriores, existe grande controvérsia a respeito da valoração dos antecedentes criminais, da conduta social e da reincidência do acusado, no exame das fases de aplicação da sanção penal. Boa parte da doutrina não aceita a valoração destas circunstâncias, sob a alegação de que ferem o modelo penal de garantias, pois ao se aumentar a pena pela reincidência, por exemplo, na verdade se estará punindo duas vezes pelo mesmo fato, distanciando-se do direito penal do ato e aproximando-se de um direito penal do autor. Na mesma linha, Zaffaroni, citado por Salo de Carvalho, sublinha que a reincidência “não é uma relação entre o primeiro e o segundo delito, mas sim entre o segundo delito e a condenação anterior”.¹¹³

O garantismo, difundido por Luigi Ferrajoli como forma de limitar o poder punitivo do Estado, de minimizar o *jus puniendi*, ou seja, como meio para se garantir ao cidadão maior grau de liberdade, combate veementemente a utilização da reincidência, dos maus antecedentes e da conduta social do agente como forma de majorar a pena.

Conforme leciona Salo de Carvalho, o garantismo penal

¹¹²ALMEIDA, José Eulálio Figueiredo de. Sentença penal: doutrina – jurisprudência – prática. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. Pág. 222.

¹¹³ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Tratado de Derecho Penal: Parte General. Buenos Aires: Ediar, 1981, vol. V, pág. 360, *apud* CARVALHO, Amilton Bueno de. CARVALHO, Salo de. Aplicação da pena e garantismo. 4ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2008. Pág. 63.

*“propõe-se a estabelecer critérios de racionalidade e civilidade à intervenção penal, deslegitimando qualquer modelo de controle social maniqueísta que coloca a ‘defesa social’ acima dos direitos e garantias individuais”.*¹¹⁴

Paganella Boschi obtempera que a idéia central do garantismo é que o Estado deve ser socialmente máximo e penalmente mínimo. Continua, afirmado que

*“as penas devem ser impostas, não devem causar sofrimento maior do que o necessário para a satisfação da comunidade de não-criminosos, que, satisfeita, não precisará recorrer às armas para fazer justiça e retroceder ao tempo da barbárie”.*¹¹⁵

A teoria do garantismo estabelece, portanto, que somente as leis podem dizer o que é delito, e jamais a moral ou outra forma diversa (como o pecado, por exemplo). Para isso, estipula onze condições para que se possa aplicar uma sanção: pena, delito, lei, necessidade, ofensa, conduta, culpabilidade, juízo, acusação, prova e defesa.¹¹⁶

Salo de Carvalho pondera que a base do garantismo penal está na Constituição, nos direitos fundamentais, que limitam o poder estatal nas sociedades democráticas.

A seguir, procurar-se-á demonstrar tais circunstâncias sob a ótica garantista.

4.2. Antecedentes, conduta social do agente e reincidência sob a ótica garantista

Em primeiro lugar, vale ressaltar que não se pode confundir maus antecedentes com reincidência, pois como já visto, esta se caracteriza quando o agente comete novo delito **após** o trânsito em julgado de sentença que o tenha condenado por crime anterior, enquanto maus antecedentes se configuram em situações especialíssimas, como veremos a seguir.

¹¹⁴ CARVALHO, Amilton Bueno de. CARVALHO, Salo de. Aplicação da pena e garantismo. 4ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2008. Pág. 19.

¹¹⁵ BOSCHI, José Antonio Paganella. Das penas e seus critérios de avaliação. 4ª ed. rev. e atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006. Pág. 101.

São duas as correntes sobre o que deve se considerar “maus antecedentes”:

- a primeira, que considera qualquer fato anterior praticado pelo agente, como inquéritos, absolvições por falta de provas, etc.;
- a segunda, que considera apenas as condenações transitadas em julgado que não geraram reincidência.

Seguindo a primeira posição, Gilberto Ferreira leciona que ao analisar os antecedentes do agente o julgador deve considerar os inquéritos arquivados por motivos que impediram a ação penal, as ações penais em que o acusado foi absolvido em virtude da falta de provas, os fatos ocorridos antes de sua maioridade penal (procedimentos no Juizado de Menores), entre outros.¹¹⁷ Entre os que defendem esta corrente encontramos Roberto Lyra e Inácio de Carvalho.

De outro lado, em interessante trabalho, Juliana Colle - seguindo método eliminatório da professora Maria Fernanda Podval -, estabelece que as situações em que o julgador pode valorar como sendo maus antecedentes se limitam a duas: as condenações anteriores por contravenção, pois estas não geram reincidência; e as condenações por delitos praticados antes da nova conduta, mas com trânsito em julgado após a prática desta nova infração.¹¹⁸

Nucci assim se posiciona sobre o tema:

“Cremos acertada a segunda corrente para fim de fixação da pena, pois não se deve levar em conta inquéritos arquivados, processos com absolvição ou em andamento, entre outros fatores transitórios ou concluídos positivamente para o réu, como causa de majoração da reprimenda. Se o acusado foi

¹¹⁶ CARVALHO, Amilton Bueno de. CARVALHO, Salo de. Aplicação da pena e garantismo. 4ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2008. Pág. 25.

¹¹⁷ FERREIRA, Gilberto. Aplicação da pena – Rio de Janeiro: Forense, 1998. Pág. 84.

¹¹⁸ COLLE, Juliana de Andrade. Critérios para a valoração das circunstâncias judiciais (art. 59 do CP) na dosimetria da pena. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 572, 30 jan. 2005. Disponível em: [HTTP://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6232](http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6232). Acesso em 12 set. 2008.

absolvido, como pode gerar essa absolvição o aumento de sua pena num processo futuro?”¹¹⁹

Porém, seguindo o raciocínio, Nucci defende que para fins processuais é aceitável a primeira corrente.

Em sua obra, Shecaira e Corrêa Jr. consideram mais razoável a segunda corrente, pois assim se respeitaria o princípio constitucional da presunção de inocência.¹²⁰

Na mesma linha, o magistrado paranaense José Laurindo de Souza Netto sublinha que

*“a existência de inquéritos policiais arquivados ou em andamento e até mesmo ações penais em curso, são situações ainda não definidas e por isso não se revestem de relevância jurídica hábil a legitimar a exacerbação da pena”.*¹²¹

Posicionamo-nos a lado da segunda corrente, a qual também aderem Paganella Boschi e Luiz Flávio Gomes, pois acreditamos ser inconstitucional a valoração de fatos que não geraram nenhuma punição ao agente ou que sequer foram julgados. Assim prevê a Constituição Federal, art. 5º, LVII: *“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”*.

Neste sentido firma-se a jurisprudência:

“É firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça referente à impossibilidade de, em respeito ao princípio da presunção de inocência (art. 5º, LVII, da Constituição Federal), inquéritos e processos em andamento serem considerados como maus antecedentes para a exacerbação da pena-base” (STJ – REsp. 278.187/TO – 6ª T. – Re. Hamilton Carvalhido – j. 10.04.2001).

¹¹⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de direito penal: parte geral: parte especial. 4ªed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. Pág. 436.

¹²⁰ CORRÊA JR., Alceu. SHECAIRA, Sérgio Salomão. Teoria da pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos da ciência criminal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. Págs. 264/265.

¹²¹ SOUZA NETTO, José Laurindo de. Processo penal: sistemas e princípios. 1ª edição, 5ª tir. Curitiba: Juruá, 2008. Pág. 170.

Cabe aqui uma reflexão a respeito da perspectiva garantista. Salo de Carvalho afirma que independente da posição adotada, o que importa são as características intrínsecas à valoração dos antecedentes: a amplitude, porque qualquer fato passado sobre o agente pode ser valorado pelo julgador; a negatividade, pois existe a tendência em se considerar somente os fatos “ruins” da vida do acusado, renegando-se os bons antecedentes; a subjetividade, pois os fatos a serem considerados são selecionados arbitrariamente pelo juiz; a relatividade, porque são considerados s a priori somente os registros policiais e civis do acusado; e a perpetuidade, pois ao contrário do que ocorre na reincidência, a legislação não previu um limite temporal para sua aplicação.¹²²

Em razão destas características, Salo de Carvalho enumera duas críticas primordiais ao instituto. A primeira diz respeito ao caráter perpétuo dos antecedentes, pois segundo ele, citando Zaffaroni e Pierangeli, assim como a Constituição veda a prisão perpétua, também não podem existir delitos com penas ou conseqüências penais perpétuas. Sugere então que se institua a limitação temporal ao instituto, determinando-se, por analogia, o mesmo prazo que se utiliza para os efeitos da reincidência – 5 anos.

Segue, afirmando que o instituto fere o princípio da secularização (tópico 2.1.8), pois a valoração dos antecedentes - aí somada a da conduta social do agente -, denota um direito penal do autor em detrimento ao direito penal do fato. Trata-se da chamada “culpabilidade pelos fatos da vida”, conforme define Juliana Colle.

Paganella Boschi, em posição semelhante, sublinha que a medida final da pena deve corresponder “à culpabilidade do agente pelo fato, e não pelos fatos da vida, o

¹²² CARVALHO, Amilton Bueno de. CARVALHO, Salo de. Aplicação da pena e garantismo. 4ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2008. Pág. 50.

que revelaria resquício de direito penal do autor”.¹²³ Continua, observando que em razão do princípio da presunção da inocência, o correto seria a proibição da valoração da conduta social, pois na maioria das vezes esta é avaliada com a obtenção de informações vagas e imprecisas.¹²⁴ Segue, afirmando que

*“a questão, a nosso sentir, merece amplo debate, pois reflete a tradição de sistema punitivo de considerar fatos da vida, a personalidade ou o caráter do autor (direito penal do autor) na graduação da censura”.*¹²⁵

Túlio Lima Vianna, em interessante artigo, afirma que ao valorar a conduta social, o magistrado estará afrontando os princípios constitucionais da legalidade e do devido processo legal, principalmente porque o acusado se defende do fato tipificado na denúncia, e não de fatos que não foram objeto de indagação nos autos.¹²⁶

Neste sentido:

EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. JURISDICAÇÃO. INTERROGATORIO. ATO PRIVATIVO DO JUIZ. INADMISSIBILIDADE. SISTEMA ACUSATORIO. LIMITES DEMOCRATICOS AO LIVRE CONVENCIMENTO. PENA. DOSIMETRIA. CIRCUNSTANCIAS JUDICIAIS. PERSONALIDADE. INACEITAVEL NO SENTIDO PERSECUTORIO, EM RESPEITO AO PRINCIPIO DA SECULARIZACAO, VALORACAO NEGATIVA DOS ANTECEDENTES. INCONSTITUCIONALIDADE. - O EXERCICIO DA FUNCAO JURISDICCIONAL, NO SISTEMA JURIDICO PENAL DEMOCRATICO (FATALMENTE ACUSATORIO), E REGIDO POR PRINCIPIOS PRIMARIOS: IMPARCIALIDADE, JUIZ NATURAL, INERCIA DA JURISDICAÇÃO. ALEM DE OUTROS, DE CUNHO PROCESSUAL, INTIMAMENTE LIGADOS AOS PRIMEIROS, COMO DO CONTRADITORIO, E DO LIVRE CONVENCIMENTO, QUE TEM AINDA OUTROS COMO PRESSUPOSTOS: PUBLICIDADE, ORALIDADE, EQUIDISTANCIA, ETC. - NESTE SENTIDO, NAO HA QUE SE FALAR EM LOCAL DE ATUACAO PRIVATIVA, PESSOAL, OFICIOSA, QUE DENOTE QUALQUER EXCESSO DE SUBJETIVISMO. O TRABALHO DO JUIZ DEVE – EM OBSERVACAO AOS LIMITES PRINCIPIOLOGICOS A ELE IMPOSTOS – SER REALIZADO DE FORMA QUE EVITE, AO MAXIMO, ESPACOS TEMERARIOS, ABERTOS A ARBITRARIEDADE E A INJUSTICA: EIS PORQUE NAO SE ADMITE INTERROGATORIO SEM

¹²³ BOSCHI, José Antonio Paganella. Individualização da pena *in* Crítica à execução penal. Coordenação Salo de Carvalho. 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2007. Pág. 125.

¹²⁴ BOSCHI, José Antonio Paganella. Das penas e seus critérios de avaliação. 4ª ed. rev. e atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006. Págs. 202/203.

¹²⁵ Idem, pág. 203.

¹²⁶ VIANNA, Túlio Lima. Roteiro didático de fixação das penas. Jus Navegandi, Teresina, ano 7, n. 62, fev. 2003. Disponível em [HTTP://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3733](http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3733). Acesso em: 12 set. 2008.

PRESENÇA DE DEFENSOR. - NESTA DIREÇÃO, EIS, EM SUMA, O ASPECTO QUE SE PRETENDE AQUI REFORÇAR: O CONVENCIMENTO SO ATINGE CERTO GRAU DE LIBERDADE, QUANDO ALCANÇADO POR MEIO DE INSTRUMENTO DEMOCRÁTICO. NA ESPÉCIE, O AMBIENTE CONTRADITÓRIO! SEM ELE A CONVICÇÃO – MARCADA PELA INQUISITORIEDADE – JAMAIS SERÁ LIVRE E A DEMOCRACIA DESAPARECE! - A VALORAÇÃO NEGATIVA DA PERSONALIDADE E INADMISSÍVEL EM SISTEMA PENAL DEMOCRÁTICO FUNDADO NO PRINCÍPIO DA SECULARIZAÇÃO: ‘O CIDADÃO NÃO PODE SOFRER SANCCIONAMENTO POR SUA PERSONALIDADE - CADA UM A TEM COMO ENTENDE’. - OUTROSSIM, O GRAVAME POR VALORAÇÃO DOS ANTECEDENTES E RESCUIÇO DO INJUSTO MODELO PENAL DE PERICULOSIDADE E REPRESENTA “BIS IN IDEM” INADMISSÍVEL EM PROCESSO PENAL GARANTISTA E DEMOCRÁTICO: CONDENA-SE NOVAMENTE O CIDADÃO-REU EM VIRTUDE DE FATO PRETERITO, DO QUAL JÁ PRESTOU CONTAS. - LICOES DE LUIGI FERRAJOLI, MODESTO SAAVEDRA, PERFECTO IBAÑES E EUGENIO RAUL ZAFFARONI. - APELO PARCIALMENTE PROCEDENTE. UNANIME. (19 FLS) (Apelação Crime Nº 70004496725, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Amilton Bueno de Carvalho, Julgado em 07/08/2002)Grifos nossos.

Por sua vez, quanto à reincidência, Salo de Carvalho entende que sua aplicação destoa do que prevê a Constituição Federal, pois

*“é incompatível com os princípios reitores do direito penal democrático e humanitário, uma vez que a reincidência na forma de agravante criminal configura um ‘plus’ para a condenação anterior já transitada em julgado”.*¹²⁷

Afirma, ainda, que o aumento da pena em virtude da reincidência se aplica com base em noções de “periculosidade social e/ou patologia individual”¹²⁸, ou seja, novamente se voltando ao direito penal do autor, e não do fato.

Citando Lênio Streck, Salo de Carvalho assevera que a aplicação dos institutos da reincidência e dos antecedentes é antigarantista, pois se constitui em duplo gravame ao agente, sendo, portanto, incompatível com o Estado Democrático de Direito.¹²⁹

¹²⁷ CARVALHO, Amilton Bueno de. CARVALHO, Salo de. Aplicação da pena e garantismo. 4ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2008. Pág. 65.

¹²⁸ CARVALHO, Amilton Bueno de. CARVALHO, Salo de. Aplicação da pena e garantismo. 4ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2008. Pág. 64.

¹²⁹ CARVALHO, Amilton Bueno de. CARVALHO, Salo de. Aplicação da pena e garantismo. 4ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2008. Pág. 65.

Desta forma, a aplicação dos institutos, segundo a doutrina garantista, configura-se em atentado ao princípio constitucional do *ne bis in idem*, pois ao se aumentar a pena do segundo crime se está punindo novamente o anterior, ou seja, por um crime que ele já pagou.

Carrazzoni pondera que o instituto acaba por “estigmatizar” o agente, que passa a ser visto de forma diferente pela sociedade, o que acarreta em gravames superiores à própria pena, pois acaba por prejudicar sua ressocialização.¹³⁰

A sugestão dada pelos mestres garantista é a relativização do instituto, que causaria duplo efeito: agiria contra a majoração obrigatória da pena e permitiria o gozo dos demais direitos proporcionados pelo sistema, tais como a substituição da pena privativa de liberdade.

Entretanto, duas correntes surgem a respeito da utilização do instituto. A primeira, defendida por Juarez Cirino dos Santos, defende a total inversão da concepção de reincidência, pois segundo esta corrente, os efeitos da prisão anterior deformam e brutalizam o apenado, devendo-se, desta forma, incluir a reincidência nas circunstâncias atenuantes.¹³¹

Segundo Salo de Carvalho, “a segunda corrente, representada por Latagliata, considera viável a abolição da agravante da reincidência e de todas as formas de maior

¹³⁰ CARRAZZONI, José. Aspectos da reincidência sob a perspectiva do garantismo. Jus Navegandi, Teresina, ano 8, n. 472, 22 out. 2004. Disponível em: [HTTP://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5798](http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5798). Acesso em: 12 set. 2008.

¹³¹ SANTOS, Juarez Cirino. Direito penal: a nova parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 1985, pág. 245, *apud* CARVALHO, Amilton Bueno de. CARVALHO, Salo. Aplicação da pena e garantismo. 4ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2008. Págs. 68/69.

gravidade punitiva fundada em delitos anteriores”¹³². Zaffaroni defende que este posicionamento eliminaria os efeitos da “estigmatização”.¹³³

Vale ressaltar a posição oposta de Guilherme de Souza Nucci, que argumenta ser constitucional a aplicação do instituto, em virtude do princípio da individualização da pena (art.5º, XLVI, CF). Nucci pondera que “a avaliação se volta à aplicação da pena e não à punição em si”¹³⁴. Segundo ele, se o autor do crime

“já passou por um processo de reeducação e, ainda assim, despreza os valores sociais que lhe foram transmitidos – no mínimo, mesmo que se diga que a pena não foi cumprida do modo ideal, pela reprovação que a punição certamente lhe foi capaz de demonstrar – merece maior censura do que outro, delinqüente iniciante”.¹³⁵

Defende que a pena não deve ser padronizada, devendo o juiz considerar as qualidades e defeitos de cada um no momento de julgar. Assevera, ainda, que se possível majorar a pena até mesmo pela análise da personalidade, “mais do que natural deva o reincidente experimentar sanção mais severa”¹³⁶.

¹³² CARVALHO, Amilton Bueno de. CARVALHO, Salo de. Aplicação da pena e garantismo. 4ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2008. Pág. 69.

¹³³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. “Reincidência: um conceito do direito penal autoritário”, in Livro de estudos jurídicos (6). BUSTAMANTE, Ricardo e TUBENCHLAK, James (coords.). Rio de Janeiro: IEJ, 1993, *apud* CARVALHO, Amilton Bueno de. CARVALHO, Salo. Aplicação da pena e garantismo. 4ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2008. Pág. 69.

¹³⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. Individualização da pena. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. Pág. 217.

¹³⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. Individualização da pena. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. Pág. 217.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Procurou-se evidenciar com o decorrer do trabalho, quão longe se está do consenso a respeito da aplicação de determinados institutos relativos à dosimetria da pena. Em virtude dessa discrepância, surgiu a teoria do garantismo, que procura delimitar o poder arbitrário do Estado, que não pode jamais se sobrepor aos direitos fundamentais.

É evidente que a pena não pode ser abolida, porém deve sempre ser dosada dentro dos parâmetros constitucionais. Lembramos novamente a conclusão de Nucci:

*“Individualização da pena, além de preceito constitucional, significa a concretização da justiça ao se atribuir a cada um o que é seu, a cada um o que efetivamente merece, valendo-se, pois, da culpabilidade do fato e da culpabilidade do autor, esta esgotando-se igualmente no fato”.*¹³⁷

E para que se efetue um controle efetivo sobre essas punições, além da publicidade, princípio norteador das decisões judiciais, é imprescindível a correta fundamentação da sentença e, principalmente, da individualização da pena. A sentença que não motivar minuciosamente a dosimetria da pena é absolutamente nula nesse ponto, conforme posição que defendemos no item 3.1.

Sobreleva ressaltar, no que concerne a corrente jurisprudencial que entende se aplicada pena no mínimo não há necessidade de fundamentá-la, aderimos à posição contrária, defendida por Nucci e Inácio de Carvalho Neto, pois consideramos que tanto a defesa quanto a acusação têm o direito de saber quais as razões e motivos levaram o magistrado a aplicar a reprimenda, para que possam enfrentá-la em grau de recurso.

¹³⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de direito penal: parte geral: parte especial. 4ªed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. Pág. 453.

¹³⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. Individualização da pena. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. Pág. 361.

Além do que, a fixação no mínimo acaba por levar a uma “padronização” da pena, o que fere o princípio da individualização.

Mais uma vez citamos Nucci, que prega ser “melhor buscar incessantemente o equilíbrio entre o mínimo e o máximo do que se contentar com a pena-padrão, ofensiva ao princípio constitucional da individualização da pena”.¹³⁸

Por outro lado, no que tange a controvérsia sobre a aplicação da reincidência, em que pese a posição sustentada por Nucci e outros ilustres penalistas, entendemos merecer maior atenção a idéia de que a punição gerada pelo instituto acarreta em ofensa ao princípio do *ne bis in idem*, pois não se deve punir novamente o acusado por crime que já pagou, mormente se levarmos em consideração o argumento sustentado por Juarez Cirino dos Santos, pois devido à realidade carcerária em nosso país, são evidentes os malefícios causados sobre o agente, que ao invés de retornar à sociedade reeducado, volta mais brutalizado e revoltado.

Se o sistema prisional brasileiro fosse eficaz, no sentido de ressocializar o indivíduo, aí sim poderia se admitir a utilização do instituto na análise de crime posterior, exacerbando a pena.

Assim sendo, acreditamos que duas posições podem ser consideradas:

1 – se doutrina e jurisprudência entenderem como constitucional a aferição da reincidência e antecedentes, somente podem ser consideradas para tanto as sentenças já transitadas em julgado, pois inconcebível que se utilize fatos que não foram provados ou que nem sequer foram levados a julgamento para se aumentar o *quantum* da pena;

¹³⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. Individualização da pena. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. Pág. 354.

2 – caso se entenda pela inconstitucionalidade da aplicação desses institutos, posição à qual nos filiamos, deve ser expurgada da dosimetria da pena sua avaliação.

Por derradeiro, cabe sinalar que é longo o trajeto a se percorrer para tornar harmônica a interpretação da teoria da pena. De nada adianta a tomada de posições radicais, diametralmente opostas, como a “tolerância zero” ou o “abolicionismo”¹³⁹. O que se prega é o equilíbrio, devendo o Estado intervir somente quando necessário, aplicando a punição justa, equitativa. O juiz, ao fixar a sanção, além de observar o princípio da individualização da pena, não pode negligenciar dos princípios da dignidade da pessoa humana, da razoabilidade e da proporcionalidade, sempre visando os fins da pena: a retribuição, a prevenção geral (positiva e negativa) e especial, além de buscar a reeducação e ressocialização do agente.

Desta forma, não se tentou exaurir o tema, mas instigar nos operadores do direito algumas indagações e buscar o caminho para se encontrar soluções.

¹³⁹ Ao invés de se combater o crime, o melhor é se combater às causas sociais da delinquência ou, se preciso, combatê-lo através de medidas conciliatórias extra-estatais. ROXIN, Claus. Estudos de direito penal – 2ª ed. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. Pág. 03.

6. REFERÊNCIAS

6.1. Livro

ALMEIDA, José Eulálio Figueiredo de. **Sentença penal: doutrina – jurisprudência – prática.** – Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro.** 11ª edição. – Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas.** Tradução de Ricardo Rodrigues Gama – 1ª ed. – Campinas: Russell Editores, 2006.

BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de avaliação.** 4ª ed. rev. e atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006.

_____. **Individualização da pena in Crítica à execução penal.** Coordenação Salo de Carvalho. 2ª edição. – Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2007.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte geral: volume 1.** – 6ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2003.

CARVALHO, Amilton Bueno de. CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo.** 4ª edição. – Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2008.

CARVALHO NETO, Inácio de. **Aplicação da pena.** 3ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Método, 2008.

CORRÊA JR., Alceu. SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Teoria da pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos da ciência criminal.** – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal: parte geral: tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Portugal; Coimbra, 2007.

_____. **Temas básicos da doutrina penal.** Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

DOTTI, René Ariel. **Bases alternativas para o sistema de penas.** 2ª ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

_____. **Curso de direito penal: parte geral.** – Rio de Janeiro: Forense, 2005.

FERREIRA, Gilberto. **Aplicação da pena.** – Rio de Janeiro: Forense, 1998.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal: parte geral: culpabilidade e teoria da pena.** – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **Direito penal – parte geral – vol. 1.** 2ª ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito penal: parte geral.** 13ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2007.

KUEHNE, Maurício. **Teoria e prática da aplicação da pena.** 5ª ed., 4ª reimp. – Curitiba: Juruá, 2008.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado.** 10ª ed. – São Paulo: Editora Método, 2006.

MIRABETE, Julio Fabrini. **Manual de direito penal.** 16ª ed. – São Paulo: Atlas, 2000.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado.** 6ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Código de processo penal comentado.** 6ª ed. rev., atual. e ampl. 2ª tir. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Individualização da pena.** 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Manual de direito penal: parte geral: parte especial.** 4ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **Manual da monografia jurídica.** 4ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2002.

PRADO, Luiz Regis. **Comentários ao código penal: doutrina: jurisprudência selecionada: conexões lógicas com os vários ramos do direito.** 3ª ed. reform., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

_____. **Curso de direito penal brasileiro – vol. 1: parte geral.** 7ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Elementos de direito penal** – V. 1 – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

POLONI, Ismair Roberto. **Técnica estrutural da sentença criminal: juízo comum – juizado especial**. – Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 19ª ed. – São Paulo: Malheiros, 2001.

SOUZA NETTO, José Laurindo de. **Processo penal: sistemas e princípios**. 1ª edição, 5ª tir. – Curitiba: Juruá, 2008.

ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal** – 2ª ed. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 8ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2006.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de direito penal brasileiro, volume 1: parte geral/E. R. Z.**, José Henrique Pierangeli. – 6ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

6.2. Site

CARRAZZONI, José. **Aspectos da reincidência sob a perspectiva do garantismo**. Jus Navegandi, Teresina, ano 8, n. 472, 22 out. 2004. Disponível em: [HTTP://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5798](http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5798). Acesso em: 12 set. 2008.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente. **Aplicação da pena**. Site do grupo de direito da UFSM. Santa Maria-RS. Disponível em: [HTTP://www.ufsm.br/direito/artigos/penal/aplicacao.htm](http://www.ufsm.br/direito/artigos/penal/aplicacao.htm). Acesso em 13 ago. 2008.

COLLE, Juliana de Andrade. **Critérios para a valoração das circunstâncias judiciais (art. 59 do CP) na dosimetria da pena**. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 572, 30 jan. 2005. Disponível em: [HTTP://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6232](http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6232). Acesso em 12 set. 2008.

JORGE, Mário Helton. **A quantificação da pena em face das circunstâncias**. Jus Navegandi, Teresina, ano 8, n. 285, 18 abr. 2004. Disponível em: [HTTP://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5095](http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5095). Acesso em 12 set. 2008.

VIANNA, Túlio Lima. **Roteiro didático de fixação das penas**. Jus Navegandi, Teresina, ano 7, n. 62, fev. 2003. Disponível em [HTTP://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3733](http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3733). Acesso em: 12 set. 2008.

6.3. Legislação

Brasil – **Vade Mecum**/obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. – 5^a ed. atual. e ampl. – São Paulo:Saraiva, 2008.