

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

**HELOÍSA HELENA PALHARES MONTENEGRO DE MORAES**

**AS CONSEQÜÊNCIAS DO CRIME COMO CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL**

**CURITIBA  
2007**

**HELOÍSA HELENA PALHARES MONTENEGRO DE MORAES**

**AS CONSEQÜÊNCIAS DO CRIME COMO CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL**

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

Orientador: Prof. Dr. Gilberto Ferreira

**CURITIBA  
2007**

## TERMO DE APROVAÇÃO

HELOÍSA HELENA PALHARES MONTENEGRO DE MORAES

AS CONSEQÜÊNCIAS DO CRIME COMO CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL

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

Orientador: \_\_\_\_\_

Avaliador: \_\_\_\_\_

Curitiba, \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2007.

“Se você pode sonhar, você pode fazer”.  
Walt Disney

Dedico à minha mãe, pelo amor, carinho e paciência.  
Ao meu irmão, exemplo de força e conquista.  
Ao Vlads, companheiro de todas as horas.  
Amo vocês!

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço ao Doutor e Professor Gilberto Ferreira, pela disposição e apoio na elaboração do trabalho monográfico e pelos ensinamentos.

Aos “potoqueiros” da Sala 5 da Escola da Magistratura do Paraná: Helô Krol, Joana, Janaína, Juliana, Karen Larissa, Karen Mendonça, Igor, João Paulo, João Rafael, Jorge e José Salvador. Esse ano de 2007 e as aulas práticas, sem dúvida, foram mais divertidas e descontraídas com a presença de vocês.

## RESUMO

O presente trabalho monográfico pretende discorrer sobre as circunstâncias judiciais, e em especial e de forma mais detalhada sobre as conseqüências advindas do crime. Tem a intenção ainda de apurar os critérios utilizados pelo magistrado para a valoração desta circunstância judicial, bem como pelas demais circunstâncias descritas no artigo 59 do Código Penal. Para tanto, foi realizada pesquisa bibliográfica e jurisprudencial. Foi também imprescindível a leitura de artigos publicados, que apresentam a vantagem da atualização e da análise mais detida sobre o assunto.

Palavras-chave: Sentença criminal; aplicação da pena-base; circunstâncias judiciais; conseqüências do crime.

## INTRODUÇÃO

Constitui a Justiça Penal fator decisivo de equilíbrio da sociedade. O magistrado, como representante do Estado, tem a missão de administrar e distribuir justiça, utilizando-se dos poderes jurisdicionais que lhes são próprios e exclusivos.

Para tanto, o juiz criminal tem que proferir sentenças e nelas aplicar a pena necessária para a prevenção e reprovação da conduta ilícita. O solitário e árduo ofício do Juiz criminal, no momento em que aplica a lei a um caso concreto, define e entrega, não só ao réu, mas também à sociedade, uma sentença.

E essa tarefa não é fácil.

A individualização da pena é uma técnica jurídica de suma importância. O juiz terá que analisar todos os elementos que envolvem o fato criminoso, o próprio réu e a vítima, para encontrar a reprimenda necessária à reprimir e reprovar o delito.

Mas não é só. A aplicação da pena requer do juiz equilíbrio, responsabilidade e humanidade para realizar uma valoração adequada.

O magistrado tem a função de encontrar a pena certa, obedecendo princípios e regras que o conduzem à individualização da reprimenda.

Neste trabalho monográfico, será apresentada uma visão geral da sentença criminal, seus requisitos e as fases de aplicação da pena. Será feita uma abordagem das circunstâncias judiciais descritas no artigo 59 do Código Penal e em especial, será enfrentada a questão das conseqüências do crime advindas à vítima e à sua família, ao réu e aos seus familiares, bem como à sociedade e aos terceiros, na aplicação da pena-base. Será objeto de análise a adoção de processos aritméticos para a fixação da pena-base, com o estabelecimento de critérios objetivos. A

monografia discorrerá também sobre as dificuldades ao que o julgador se depara para aplicar a quantidade exata de pena que o fato criminoso merece receber.

Não é pois, um trabalho capaz de minuciar todas os temas aqui expostos, todavia busca contribuir e expor uma visão, ainda que singela, acerca dos assuntos aqui abordados.

## Capítulo 1

### SENTENÇA CRIMINAL

#### 1.1 Conceito e generalidades

Conforme se depreende do artigo 800, do Código de Processo Penal, os atos do juiz possuem três naturezas distintas: natureza ordinatória, que são aqueles atos do magistrado que visam ao andamento normal do processo (despachos administrativos ou de expediente); natureza decisória, que dirimem controvérsias, questões formais, incidentais, bem como o próprio mérito (decisões interlocutórias e sentença); e natureza executória, consubstanciado em ordens e determinações.

As sentenças são classificadas como de natureza decisória. Essas são atos do juiz que proclamam sua posição sobre o litígio. No caso dos Tribunais, suas decisões são denominadas de acórdãos.

Os autores conceituam sentença de diversos modos. Para Carnelutti a sentença é definida como a “decisão solene que o juiz pronuncia para concluir o processo”<sup>1</sup>. Magalhães Noronha conceitua como “a declaração judicial do direito no

---

<sup>1</sup>CARNELUTTI, Francesco *apud* BOSCHI, José Antônio Paganella. A sentença Penal. Revista Jurídica 296, Doutrina Penal, junho, 2002, p.69.

caso concreto”<sup>2</sup>. No entender de Frederico Marques “sentença é o ato de composição do litígio ou causa penal, em que o preceito normativo, imposto pela ordem jurídica, se transforma em preceito concreto e específico”<sup>3</sup>. Tourinho Filho afirma que sentença é “o ato processual por meio de que se compõe a lide”<sup>4</sup>. Já Ney Fayet é mais sucinto afirmando que em direito penal, sentença é o ato que “condena ou absolve o réu”<sup>5</sup>.

Como se percebe, essas definições analisam a sentença como sendo o simples ajustamento da lei ao caso concreto. Pode-se ver que os autores não privilegiam a figura do juiz. Entretanto, é necessário enfatizar que a sentença é uma obra humana e assim vêm impregnada de valores e ideologias, sendo produzida em determinado contexto cultural. Assim, como bem define COUTURE, a sentença, além de ser um canal de comunicação entre o ordenamento jurídico e a situação de fato, é uma “criação da inteligência e da vontade do juiz”<sup>6</sup>, que tem por finalidades reafirmar a supremacia do direito em todas as situações conflituosas, compor a lide, pacificar as partes e restabelecer a paz social e a supremacia da ordem jurídica violada pelo criminoso.

## 1.2 Requisitos e estrutura da sentença penal

A sentença, por ser uma peça técnica, deve atender a certos requisitos.

---

<sup>2</sup> MAGALHÃES NORONHA *apud* SILVA, Jorge Vicente. Manual da sentença penal condenatória: requisitos e nulidades. Curitiba. Juruá Editora, 2006, p. 38.

<sup>3</sup> SILVA, Jorge Vicente. Op. cit. p.38.

<sup>4</sup> SILVA, Jorge Vicente. Op. cit. p.38.

<sup>5</sup> FAYET, Ney *apud* BOSCHI, José Antônio Paganella. Op. cit. p.69.

<sup>6</sup> COUTURE, Eduardo J. *apud* BOSCHI, José Antônio Paganella. Op. cit. p.71.

O primeiro deles é relativo à forma. A sentença deve ser escrita, manuscrita ou datilografada, e nesse caso, todas as folhas deverão ser rubricadas pelo magistrado, conforme preceitua o artigo 388 do Código de Processo Penal. Importante salientar, que essa exigência vem sendo abrandada pela jurisprudência, sob o argumento de que milita em favor dos provimentos judiciais a presunção de autenticidade.

Apesar da redação em idioma nacional não estar expressamente delineada no diploma legal, é também um requisito integrativo essencial da sentença.

Além disso, a sentença penal deve conter os requisitos constantes do artigo 381 do Código de Processo Penal. Nesse dispositivo e em seus incisos vê-se que a sentença conterá:

I- Os nomes das partes ou, quando não for possível, as indicações necessárias para identificá-las: Esse requisito é essencial para identificar qual indivíduo está sob julgamento e em relação a quem a sentença fará coisa julgada.

II- A exposição sucinta da acusação e da defesa: O magistrado, no relatório da sentença, em síntese e de forma clara e objetiva, fará a narrativa do processo e de seus incidentes e a exposição das alegações das partes. O juiz não é obrigado a transcrevê-las, porém deverá de forma resumida expor os elementos oferecidos pela acusação e defesa. Não se admite, sob pena de nulidade, que o juiz, para atender esse requisito, simplesmente se reporte aos relatórios apresentados pelo Ministério Público ou defesa em alegações finais. No caso de omissão do relatório pelo juiz, embora implique em desrespeito a requisito essencial, a jurisprudência vem recusando a alegação de nulidade, quando as teses forem apreciadas na fundamentação da decisão.

Importante constar que a exigência do relatório é a regra, sendo excepcionada pela Lei 9.099/95 em seu artigo 81, § 3º, nas hipóteses de sentenças por fatos de menor potencial ofensivo, da competência dos Juizados Especiais Criminais.

III- A indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão: Na fundamentação o magistrado apontará as bases que o levaram à conclusão. A motivação da decisão é indispensável, por exigência do artigo 93, inciso IX da Constituição Federal. A Exposição de Motivos do Código de Processo Penal também refere-se à motivação da sentença, em seu item XII:

A sentença deve ser *motivada*. Com o sistema do relativo arbítrio judicial na aplicação da pena, consagrado pelo novo Código Penal, e o do *livre convencimento* do juiz, adotado pelo presente projeto, é a *motivação* da sentença que oferece garantia contra os excessos, os erros de apreciação, as falhas de raciocínio ou de lógica, ou os demais vícios de julgamento (grifo é do autor).<sup>7</sup>

IV- A indicação dos artigos de lei aplicados: Tal exigência se torna inócua se o magistrado, ao fundamentar a decisão, indicar os artigos de lei aplicados. Muito difícil que o juiz justifique uma decisão na parte referente ao direito e não indique a norma legal aplicável à espécie. Assim, este requisito já está contido no inciso III, do artigo 381 do Código de Processo Penal.

V- O dispositivo: No dispositivo, o juiz conclui seu raciocínio de forma clara e lógica, acolhendo ou rejeitando o pedido formulado pela parte. A sentença que não contiver a parte dispositiva ou que apesar de presente, for incompleta ou contraditória, incide em vício insanável, consubstanciado na nulidade absoluta.

---

<sup>7</sup>BRASIL, Constituição federal, código penal, código de processo penal. Organização do texto: Luiz Flávio Gomes. 9.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. RT - mini-códigos. p.348

VI- A data e a assinatura do juiz: Ao final da sentença, o juiz deve datar e assinar, sendo esta a parte que identifica o julgador que proferiu a decisão. A data em que foi proferida não é um requisito essencial, já que sua ausência tem natureza de mera irregularidade.

## Capítulo 2

### APLICAÇÃO DA PENA

#### 2.1 Fases da aplicação da pena – critério trifásico

A individualização da pena, prevista no artigo 5º, inciso XLVI da Constituição Federal, encontra sua garantia e seus limites na lei ordinária, a qual elenca tipos penais e estabelece limites mínimo e máximo de pena “in abstracto”, aplicável por uma metodologia específica.

Este método está previsto no artigo 68 do Código Penal. Dispõe o referido dispositivo legal que “a pena-base será fixada atendendo-se ao critério do artigo 59 deste código, em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuante e agravante; por último, as causas de diminuição e de aumento”<sup>8</sup>

Notório que este dispositivo regulamenta ser obrigatório o respeito ao critério trifásico no momento da aplicação da pena.

Este critério foi defendido por Nélson Hungria e prevaleceu definitivamente, com a aprovação da Parte Geral do Código Penal ocorrida em 1984.

Entretanto, antes da aprovação da Parte Geral do Código Penal em 1984, esta idéia não era pacífica. Opondo-se a esse critério, Roberto Lyra defendeu a fixação da pena em apenas duas etapas. Na primeira etapa o juiz analisaria as circunstâncias legais e judiciais e na segunda fase, sobre a reprimenda encontrada na primeira operação, aplicaria as causas de aumento ou diminuição, caso existissem.

Durante a vigência do Código Penal de 1940, ou seja, antes do advento do Código Penal de 1984, e portanto, antes do ordenamento jurídico prever

---

<sup>8</sup> BRASIL, Constituição federal, código penal, código de processo penal. Op. cit. p.266

expressamente a adoção do critério trifásico para aplicação da reprimenda penal, as duas correntes ganharam adeptos. O tema chegou até a ser discutido na “Conferência dos Desembargadores, realizada no Rio de Janeiro em 1943, cabendo vitória ao pensamento de Hungria, por um apertado escorço de 23 a 17 votos”.<sup>9</sup>

Contudo, o tema se firmou com expressa definição legal e sem gerar quaisquer outras dúvidas, com o advento da Parte Geral do Código Penal atual, onde preceitua em seu artigo 68 ser indispensável a observância, pelo juiz, do critério trifásico, devendo o magistrado fundamentar a aplicação da pena em cada uma das três fases e vedando a possibilidade de inversão na ordem de fixação dessas etapas.

A adoção do critério defendido por Néelson Hungria também se evidencia na Exposição de Motivos da Lei nº 7.209/84, em seu item 51:

Decorridos quarenta anos da entrada em vigor do Código Penal, remanescem as divergências suscitadas sobre as etapas da aplicação da pena. O Projeto opta claramente pelo critério das três fases, predominantemente na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Fixa-se, inicialmente, a pena-base, obedecido o disposto no artigo 59; consideram-se, em seguida, as circunstâncias atenuantes e agravantes; incorporam-se ao cálculo, finalmente, as causas de diminuição e aumento. Tal critério permite o completo conhecimento da operação realizada pelo juiz e a exata determinação dos elementos incorporados à dosimetria.<sup>10</sup>

## 2.2 Pena-base

No atual Código Penal não há uma definição expressa do que seja pena-base,

ao contrário do Código Penal de 1969, que definia: A pena que tenha de ser aumentada ou diminuída, de quantidade fixa ou dentro de determinados limites, é a

---

<sup>9</sup> FERREIRA, Gilberto. Aplicação da Pena. Rio de Janeiro. Editora Forense, 1998, p. 56.

<sup>10</sup> BRASIL, Constituição federal, código penal, código de processo penal. Op. cit p. 225.

que o juiz aplicaria, se não existisse a circunstância ou causa que importe o aumento ou a diminuição da pena.

A pena-base é o ponto de partida da aplicação da reprimenda.

Interessante questão é saber se a fixação da pena-base deve partir entre o máximo e o mínimo de pena cominada abstratamente pelo legislador, ou se deve partir de um termo médio.

A lei em nenhum momento diz qual seria o método a ser adotado.

Nélson Hungria e Roberto Lyra que adotam o termo médio como ponto de partida da aplicação da pena-base, fundamentam sua teoria na possibilidade de se haver injustiças, já que na hipótese de referenciais favoráveis ou circunstâncias atenuantes estarem presentes, a pena-base partindo do patamar mínimo, não poderia ser diminuída.

Apesar de ser um método logicamente mais racional, não é o mais correto, nem o aceito pela doutrina e jurisprudência dominantes. Nota-se que mesmo não se podendo diminuir a pena aquém do mínimo legal, a pena aplicada ao réu seria a mais favorável a ele e o condenado não estaria sofrendo qualquer prejuízo. Além disso, as fases de fixação da pena são autônomas e uma não pode interferir na outra. E ainda, não se justifica aumentar o ponto de partida da aplicação da pena, somente para se conseguir valorar as circunstâncias favoráveis ao réu nas fases seguintes.

Desse modo, o juiz deve partir da pena mínima fixada abstratamente no tipo penal e seguindo as três fases expressas na lei penal cominar sanção concreta ao réu.

E outro questionamento a ser feito é saber se é possível os limites mínimos e máximos serem ultrapassados neste primeiro momento da aplicação da pena.

A posição dominante é que o juiz não pode elevar ou diminuir a pena inobservando os limites fixados no tipo penal.

Analisando superficialmente o artigo 59, inciso II do Código Penal, já se constata que a lei enalteceu os limites de pena mínimo e máximo previamente determinados pelo legislador ao estabelecer: “o juiz estabelecerá...a quantidade de pena aplicável dentre as cominadas”<sup>11</sup>.

Em sua obra, *Aplicação da Pena*, o magistrado Gilberto Ferreira do Tribunal das Araucárias afirma que:

A primeira coisa a ser observada é que o legislador ao estabelecer os limites mínimos e máximos o fez em obediência ao princípio da legalidade (art. 5º, II, da CF, e 1º do Código Penal). Tal circunstância, portanto, se constitui em garantia individual, na medida em que assegura às pessoas uma pena que não superará os moldes pré-estabelecidos. Também deve ser considerado que o legislador, declaradamente, tem medo do arbítrio judicial e, por isso, lhes traça limites para o exercício do poder discricionário.<sup>12</sup>

Prefixados os limites mínimos e máximos abstratos, pode o juiz mover-se livremente, para realizar o objetivo da individualização da pena *in concreto*.

Assim, na primeira e segunda fases não pode o juiz ultrapassar os limites previstos. Entretanto, na terceira fase, objeto das chamadas causas especiais de aumento e ou de diminuição o magistrado pode fixar a reprimenda aquém do mínimo ou além do máximo legal. Isso se dá, pois nesta fase não há perigo de transgressão ao Princípio da Legalidade, tendo em vista que a quantidade de aumento ou diminuição já vem determinados pelo legislador.

Importante salientar que o juiz nunca pode perder de vista que ao estabelecer a pena-base, deve sempre deixar explícito se houve aumento e qual foi a majoração

---

<sup>11</sup> BRASIL, Constituição federal, código penal, código de processo penal. Op. cit.

<sup>12</sup> FERREIRA, Gilberto. Op. cit. p. 56. p. 264.

inserida, em relação a cada circunstância judicial. Com observância do artigo 93, inciso IX da Constituição Federal, deve o magistrado fixar a pena de modo que não ocasione nenhuma dúvida acerca da fundamentação e quantidade de pena atribuída a cada circunstância judicial.

Portanto, ao julgador não basta a mera escolha das penas, dentre as cominadas. É necessário que o magistrado de forma concisa, precisa, clara e persuasiva, demonstre a necessidade e suficiência da pena escolhida e fixada, passo a passo.

## Capítulo 3

### CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS

#### 3.1 Conceito

Trata o artigo 59 do Código Penal das circunstâncias judiciais, que fornecem ao julgador os critérios à fixação da denominada “pena-base”.

Paganella Boschi esclarece que:

pertencem as circunstâncias judiciais não aos fatos que fazem parte do delito, mas aquelas circunstâncias que estão em torno dele, em volta do *fato natural e típico*, os meios, modos de execução, a personalidade do agente que praticou o fato delitivo<sup>13</sup>.

Bitencourt acrescenta ao seu pensamento a doutrina de Aníbal Bruno, que conceitua as circunstâncias judiciais como:

condições acessórias, que acompanham o fato punível, mas não penetram na sua estrutura conceitual e, assim, não se confundem com os seus elementos constitutivos'. Assim, elas podem ser entendidas como elementos externos ao tipo penal, mas capazes de acrescentar ao delito praticado uma maior ou menor reprovabilidade<sup>14</sup>.

As circunstâncias judiciais recebem tal nomenclatura vez que o seu reconhecimento depende do arbítrio do juiz. Entretanto, o magistrado não possui total liberdade em aplicar ou não os critérios estabelecidos no artigo 59 do Código

---

<sup>13</sup> BOSCHI, Paganella *apud* DEON, Marilise Ana. A personalidade do agente como critério para fixação da pena-base. Revista Jurídica 307, Doutrina Penal, 2003, p.97.

<sup>14</sup> BARREIROS, Yvana Savedra de Andrade. Comentários ao art. 59 do Código Penal. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1201, 15 out. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9044>>. Acesso em: 06 maio 2007

Penal, de acordo com sua própria convicção pessoal. Isso significa que se alguma circunstância estiver presente, o juiz deve reconhecê-la em obediência ao princípio da constitucional da Individualização da pena.

A finalidade das circunstâncias judiciais é apurar qual o grau de reprovabilidade da conduta, representado pela aplicação de certa quantidade de pena, que o fato criminoso merece receber. A pena estabelecida nesta primeira fase é aplicada tendo como base fundamental a reprovação e prevenção do crime.

Vale frisar que a valoração de uma circunstância judicial depende sempre de fundamentação específica, onde o magistrado deve fundamentar por que valora de maneira positiva ou negativa determinada circunstância judicial, indicando as provas que o levaram à decisão.

Ressalta-se, outrossim, que as circunstâncias judiciais não devem ser confundidas com circunstâncias elementares, vez que a estas últimas pertencem todas aquelas circunstâncias que compõem o tipo penal, enquanto que aquelas dizem respeito as circunstâncias que fazem parte da modulação da pena.

## **3.2 Circunstâncias Judiciais em relação ao agente**

### **3.2.1 Culpabilidade**

Menciona o artigo 59, em primeiro lugar, a *culpabilidade* do agente, tida na reforma penal como o fundamento e a medida da responsabilidade penal. Conforme preceitua o item 50 da Exposição de Motivos do Código Penal: "Preferiu o Projeto a expressão 'culpabilidade' em lugar de 'intensidade do dolo ou grau de culpa', visto

que graduável é a censura, cujo índice, maior ou menor, incide na quantidade de pena”.<sup>15</sup>

José Frederico Marques, transcrevendo lição de Aníbal Bruno, diz que:

A ordem jurídica impõe o dever de obediência aos seus imperativos. Em princípio é exigível de todos um comportamento de acordo com a norma. Se alguém, tendo ou podendo ter a consciência de que falta ao dever e podendo agir em conformidade com este, atua de maneira contrária, faz-se objeto de reprovação. A vontade do agente dirigida à prática do fato punível torna-se uma vontade ilícita, uma vontade que o agente não deveria ter, porque viola o dever jurídico resultante da norma, e capaz, então, de provocar reprovação da ordem jurídica. Culpabilidade é essa reprovabilidade.<sup>16</sup>

Vê-se, então, que a culpabilidade, no Direito Penal, é a medida da pena, ou seja, a pena aplicada fica limitada ao grau de culpabilidade. Isso significa que quanto maior a culpabilidade do réu, maior a sua pena.

Na apreciação da culpabilidade, deve o magistrado atentar-se para a maior ou menor censurabilidade do comportamento do agente ou a maior ou menor reprovabilidade do comportamento praticado, segundo as circunstâncias pessoais e fáticas, no contexto em que se realizou a ação, especialmente analisando a consciência ou potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa do autor do crime.

Importante destacar que antes da verificação da culpabilidade como circunstância judicial, como visto acima, em um primeiro momento, depara-se o magistrado criminal com a verificação da ocorrência dos elementos da culpabilidade, para concluir se houve ou não prática delitiva. Só após esta etapa, é que o juiz

---

<sup>15</sup> BRASIL, Constituição federal, código penal, código de processo penal. Op. cit. p.225.

<sup>16</sup> JOSÉ FREDERICO MARQUES apud POLONI, Ismair. Técnica Estrutural da Sentença Criminal: Juízo comum – Juizado Especial. Rio de Janeiro. Freitas Bastos Editora, 2002, p. 181.

verifica a culpabilidade como pressuposto do artigo 59 do Código Penal, sendo que desta vez, a análise da culpabilidade exige maior esforço do julgador, isto é, necessita de um exame de valoração, de graduação.

Portanto, deve o juiz, nessa oportunidade, dimensionar a culpabilidade (artigo 59 do Código Penal) pelo grau de intensidade da reprovação penal, expondo sempre os fundamentos que lhe formaram o convencimento.

### **3.2.2 Antecedentes**

A verificação dos antecedentes do réu implica em buscar o grau de reprovabilidade de sua conduta, analisando todos os atos, sejam eles positivos ou negativos, que tenham sido praticados pelo réu antes do crime que se está a apenar.

Para o mestre Nelson Hungria devem ser considerados antecedentes:

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

perda do pátrio poder, condenação em ação de desquite, insolvência, falência fraudulenta.<sup>17</sup>

E Cezar Roberto Bitencourt acrescenta:

Por isso entendemos ser injustificável que indivíduos com larguíssima folha de antecedentes, com dezenas de inquéritos policiais e processos criminais em curso, não sejam considerados portadores de maus antecedentes, porque, ainda não houve condenação definitiva.<sup>18</sup>

Esta extensão estabelecida por Hungria e Bitencourt, entretanto, não é admitida por parte da doutrina. Temos como exemplo o doutrinador Luiz Vicente Cernicchiaro, o qual ensina que:

o juiz não pode recrudescer a pena-base porque há inquérito policial instaurado ou considerar que ao réu, em outro processo foi imputada outra infração penal. O raciocínio contraria o princípio da presunção de inocência. Tudo porque pode no outro processo, ser negada a autoria, a materialidade ou reconhecida excludente de ilicitude.<sup>19</sup>

Para os que adotam este posicionamento, não há que se considerar inquérito policial e processo criminal em andamento como maus antecedentes. Esclarecem que o inquérito é mero procedimento administrativo, que sequer está submetido ao princípio do contraditório e da ampla defesa e apenas gera uma possibilidade de instauração de ação penal. E a ação penal em curso ainda precisa percorrer um longo caminho até a prolação da sentença penal, que poderá ser condenatória, ou poderá se revelar como absolutória, extintiva da punibilidade, dentre outras possibilidades que não fazem incidir qualquer culpabilidade ao agente.

---

<sup>17</sup> NELSON HUNGRIA *apud* SILVA, Jorge Vicente. Manual da sentença penal condenatória: requisitos e nulidades. Curitiba. Juruá Editora, 2006, p. 250

<sup>18</sup> CEZAR ROBERTO BITENCOURT *apud* POLONI, Ismair. Op. cit., p. 185.

<sup>19</sup> SILVA, Jorge Vicente. Op. cit. p.38.

Portanto, os antecedentes seriam somente os fatos anteriores ocorridos na vida do agente, que já mereceram a chancela definitiva condenatória do Poder Judiciário. Neste aspecto considerar-se-ia também a pena extinta ou já cumprida há mais de 05 anos, uma vez que por configurar maus antecedentes, não poderia ser valorada como reincidência.

Entretanto, apesar de parte da doutrina adotar a posição acima mencionada, a maioria dos doutrinadores aceitam como antecedentes, todos os fatos da vida do réu, anteriores ao crime.

Importante registrar que os antecedentes não dizem respeito somente à “folha penal”, eles possuem um conceito muito mais amplo. Por isso, além dos antecedentes judiciais, o juiz também pode analisar a forma de vida do condenado, o modo de seu sustento, sua dedicação ao trabalho e à sua família, o bom comportamento no meio em que vive, as boas ações que já realizou, entre outros aspectos.

### **3.2.3 Conduta Social**

A princípio pode parecer haver confusão entre o que seja elemento caracterizador dos antecedentes e da conduta social, uma vez que os dois referem-se a fatos pretéritos da vida do réu. Entretanto, essas circunstâncias são perfeitamente delineadas e não podem ser confundidas.

A conduta caracteriza-se pelo modo de vida do réu, no meio em que vive. Sem dúvida, existirão elementos de conduta social que também se caracterizarão

como componentes dos antecedentes do réu. Mas, nesses casos, o julgador deverá ponderar apenas uma única vez aquele fato como antecedentes do réu, deixando de considerá-lo novamente, por ocasião da verificação de sua conduta social. Isso, para o juiz não penalizar exacerbadamente o réu, em um *bis in idem*. E deve o magistrado preferir considerar o fato integrante dos antecedentes e não da conduta social, uma vez que aquela revela um reflexo de conduta mais abrangente e reprovável do que os resultantes de sua conduta social.

Assim, ao aferir este referencial, o juiz analisa a conduta do acusado no meio social onde vive, seu comportamento perante sua família e sua atuação e entrosamento no trabalho. Devem ser valorados também a sua relação de afetividade, atenção e grau de importância na sua estrutura familiar, o relacionamento pessoal com a vizinhança, a vocação existente para o trabalho, para a ociosidade e para a execução de tarefas laborais.

Enfim, cabe ao juiz avaliar se o réu é um pai responsável, se tem uma vida regrada, se deu causa à separação e não paga alimentos aos filhos, se possui um bom relacionamento com os colegas de trabalho, se é dedicado e atencioso à sua atividade laborativa, entre muitos outros aspectos.

Necessário acrescentar que:

a conduta social do agente deve ser aferida no momento da prolação da sentença, podendo ser considerados fatos anteriores ou posteriores à prática do crime. A aferição positiva ou negativa deste referencial deve ser devidamente fundamentada, segundo as provas carreadas para os autos, não podendo partir de meras suposições ou conclusões pessoais do juiz.<sup>20</sup>

---

<sup>20</sup> SILVA, Jorge Vicente. Op. cit., p.256.

### 3.2.4 Personalidade do agente

Dispõe o Magistrado do Tribunal das Araucárias, Gilberto Ferreira:

A personalidade é um conjunto de atributos adquiridos ao longo da vida, de tal sorte que, retirados do homem, este deixa de existir como ser humano. A personalidade é que determina a individualidade de uma pessoa. É o elemento estável da conduta de uma pessoa, formado por inúmeros fatores endógenos e exógenos. Diz respeito à sua índole, à sua maneira de agir e sentir, à sua maneira de ser.<sup>21</sup>

Busca o legislador, ao prever a personalidade do agente como circunstância judicial fornecer elementos ao juiz para verificar, através dos genótipos (características obtidas apenas pelo genes da pessoa) e dos fenótipos (características obtidas pelos genes e pelo meio em que vive), se o crime que se está a apenar foi uma resultante própria de sua personalidade ou se foi mero acaso.

Na aplicação da pena, se o magistrado aferir que a personalidade do réu é voltada ao crime, é necessário a aplicação de pena mais severa para a reprovação e prevenção do crime. Ao contrário, tendo o delito sido obra do acaso, nenhuma razão terá o juiz para exasperar a pena.

Entretanto, avaliar a personalidade do agente não é tão fácil. “Exige noções de psicologia e psiquiatria, além de um processo muito bem instruído, que contenha todos os dados e elementos necessários a essa avaliação, sem falar dos inúmeros contatos pessoais que devem manter avaliador e avaliado”.<sup>22</sup>

Sabe-se que no Brasil, este tipo de avaliação realizada pelo magistrado é quase que inexistente. Primeiramente porque no Processo Penal não vigora o Princípio da

---

<sup>21</sup> FERREIRA, Gilberto. Op.cit., p. 86.

<sup>22</sup> FERREIRA, Gilberto. Op.cit., p. 87.

Identidade Física do Juiz, o que já demonstra que o magistrado que concluir a instrução, não necessariamente terá de ser o julgador que proferirá a sentença. Assim, torna-se difícil essa aferição da personalidade do agente no momento da aplicação da pena, por um magistrado que sequer teve algum contato com o réu. Além disso, o juiz não possui grandes conhecimentos de psicologia e psiquiatria, matérias que não são estudadas nas Faculdades de Ciências Jurídicas. E ainda, o juiz não tem nem tempo disponível para realizar uma avaliação mais aprofundada.

Assim, apesar do legislador prever a personalidade do réu como circunstância judicial e teoricamente a avaliação desta circunstância ser de difícil realização, para o juiz aplicar a pena deve levar em conta a “boa ou má índole do delinqüente, seu modo ordinário de sentir, de reagir, sua maior ou menor irritabilidade e o seu maior ou menor grau de entendimento, ou a sua maior ou menor propensão á prática de crimes”.<sup>23</sup>

É claro que não há um critério único de avaliação. O juiz deverá analisar caso a caso, e utilizando-se de sua sensibilidade, considerar preferencialmente os atributos de temperamento do réu e seu caráter de acordo com o meio em que vive.

### **3.3 Circunstâncias Judiciais em relação ao fato**

#### **3.3.1 Motivos do Crime**

Não há crime gratuito, isto é, sem motivo. O motivo do crime é a razão que impulsionou o agente da infração; o fator último que desencadeia a ação criminosa;

---

<sup>23</sup> FERREIRA, Gilberto. Op.cit., p. 88.

ou as razões que fizeram mover o infrator. A razão de ser, que desencadeou no homem a idéia criminosa está presente em todos os delitos.

O motivo pode ser o mais banal, como o mais ardiloso possível. Está presente inclusive nas ações delituosas praticadas pelos doentes mentais e nos crimes culposos ou dolosos.

No exame dessa circunstância judicial, o juiz deve indagar qual a natureza e a qualidade dos motivos que levaram o agente a praticar a infração penal. É considerando e examinando os motivos que levaram o indivíduo a praticar o crime, que o magistrado poderá aferir o maior ou menor grau de anti-sociabilidade do agente, ou o grau de culpabilidade.

Nélson Hungria, citado por Gilberto Ferreira<sup>24</sup>, indica alguns dos motivos que devem ser sopesados nesta fase dosimétrica:

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

O motivo do crime, assim como em todas as outras circunstâncias judiciais, não pode ser valorado negativamente quando integrar a definição típica, nem quando caracterizar circunstância agravante ou causa especial de aumento de pena.

---

<sup>24</sup> FERREIRA, Gilberto. Op. Cit., p.91.

De igual modo, quando o motivo do agente é o normal à espécie delitiva, não pode o Juiz aumentar a reprimenda, tendo em vista que aquele, por ser inerente ao tipo

já possui a necessária censura.

Assim, deve o Juiz agir com a máxima cautela para não incorrer em dupla valoração (*bis in idem*).

### **3.3.2 Circunstâncias do Crime**

As circunstâncias do crime são as modalidades da ação criminosa, no que diz respeito, por exemplo, à natureza, ao objeto, à espécie dos meios empregados e ao lugar do crime, o tempo de sua duração, o relacionamento existente entre autor e vítima, a atitude assumida pelo delinqüente no decorrer da realização do fato criminoso, a maior ou menor insensibilidade do agente, o seu arrependimento, entre outros.

Sem dúvida, o assassino que agiu de modo bárbaro, com cinismo, que ficou indiferente em face do cadáver da vítima ou que comemorou o evento embriagando-se é mais censurável daquele assassino que demonstrou angústia, remorso e arrependimento.

Muita atenção deve ter o magistrado ao analisar esta circunstância judicial, para não incidir no *bis in idem*. As circunstâncias a que se refere o artigo 59 do Código Penal são as que não estão dentre as classificadas como circunstâncias legais (agravantes e atenuantes), causas especiais de aumento e de diminuição

(previstas na parte geral e especial) e as qualificadoras (previstas na parte especial). Assim, deve o juiz, por exclusão, valorar as circunstâncias do crime e elevar a pena-base.

### 3.3.3 Conseqüências do Crime

Tal circunstância judicial será analisada mais profundamente em capítulo próprio.

Porém somente para apresentar o tema, pode-se conceituar as conseqüências do crime como “a maior ou menor gravidade do dano ou perigo de dano ocasionado à vítima e o maior ou menor alarde social provocado”.<sup>25</sup>

Entende o Magistrado Gilberto Ferreira que<sup>26</sup>:

O legislador, porém, para fixar abstratamente a sanção leva em conta não só o valor do bem que pretende proteger, mas, sobretudo, a extensão do dano causado pela violação desse bem. Como o legislador sempre estabelece uma sanção que varia entre um mínimo e um máximo, cabe ao juiz encontrar dentro desses limites, a pena cabível. E, para tanto, deve, principalmente, levar em consideração as ‘conseqüências do crime’, ou seja, o montante do dano causado à vítima ou à coletividade com a ação criminosa, de modo que, quanto maior o dano, maior a reprovabilidade da conduta.

Entretanto, avaliar a exata extensão do dano originado pela conduta do infrator, nem sempre é tarefa fácil. Em determinadas situações não será possível valorar a maior ou menor danosidade decorrente da ação delituosa praticada ou o maior ou menor alarma social provocado.

---

<sup>25</sup> SILVA, Jorge Vicente. Op. cit., p.258.

<sup>26</sup> FERREIRA, Gilberto. Op. cit., p.93.

### **3.4 Circunstâncias Judiciais em relação à vítima**

#### **3.4.1 Comportamento da vítima**

Vítima é o sujeito passivo do delito. É a pessoa que sofre a lesão ou a ameaça de lesão.

O comportamento da vítima foi uma grande inovação trazida com a Reforma da Parte Geral do Código Penal, em 1984. Conforme preceitua o item 50 da Exposição de Motivos da Lei 7.209/84, o artigo 59 “fez-se referência expressa ao comportamento da vítima, erigido, muitas vezes, em fator criminógeno, por constituir-se em provocação ou estímulo à conduta criminosa”<sup>27</sup>.

Assim, o juiz ao analisar esta circunstância judicial deverá perquirir se a vítima facilitou ou contribuiu para que o acusado praticasse a ação delituosa ou se o sujeito passivo não praticou qualquer ato no sentido de diminuir a censurabilidade da conduta.

Sem dúvida, a maior ou menor participação da vítima na eclosão dos acontecimentos, não excluirá ou justificará a ação criminosa, porém irá influir na apreciação pelo magistrado do maior ou menor grau de reprovabilidade da conduta do réu, implicando abrandamento da pena.

---

<sup>27</sup> BRASIL, Constituição federal, código penal, código de processo penal. Op. cit. p.225.

## Capítulo 4

### VALORAÇÃO NA PENA-BASE

#### 4.1 Critérios e valoração para aplicação da pena-base

Conhecidas as circunstâncias judiciais definidas no Código Penal e a função que deve ser por elas exercida ante o fato penal punível, pode parecer, à primeira vista, que fixar a pena-base é uma missão cujo cumprimento deriva da simples aplicação de uma fórmula pré-determinada. Entretanto, Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli chamam a atenção para o fato de que a fixação da pena com base nessa suposta fórmula é bastante complexa e exige uma ordenação sistemática de critérios e regras, porque não se trata de uma síntese ordenada, mas de elementos um tanto dispersos, e cuja ordem hierárquica se faz necessário determinar.

Vê-se, então, que o magistrado, no momento da aplicação da pena deve ponderar e conseguir chegar em um *quantum* necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime. Assim, a partir dos critérios elencados na lei penal, deve derivar uma pena que seja individualizada, necessária e suficiente para promover a reprovação e a prevenção do crime.

Partindo-se dessas premissas, surge uma questão: é possível ser aferida uma pena-base de modo justo, individualizado, humano e proporcional e que seja necessária e suficiente para promover a reprovação e prevenção do crime a partir dos critérios elencados no referido dispositivo como "fórmula" para alcançar esse fim?

Alguns autores, entre eles o magistrado do Tribunal de Justiça do Paraná, Mário Helton Jorge, delimitam a quantificação das circunstâncias judiciais para

melhor alcançar uma pena-base justa e proporcional. O referido Juiz admite a possibilidade de se identificar o *quantum* de pena equivalente a cada uma das circunstâncias descritas no artigo 59 do Código Penal:

O artigo 59 do Código Penal define as *circunstâncias judiciais*, em número de oito, as quais devem ser levadas em consideração para a fixação da pena-base, entre os limites da sanção previstos abstratamente no tipo legal. Deve pois o julgador levar em conta a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade do agente, o motivo, as circunstâncias, conseqüências do crime e o comportamento da vítima. Essas circunstâncias retratam a biografia moral do réu e as particularidades que envolvem o fato delituoso.

Entre o mínimo e o máximo da pena privativa de liberdade ou de multa, deve ser fixada a quantidade da pena, sendo indiscutível que todas as circunstâncias judiciais concorrem *igualmente* para essa determinação. Não existe qualquer sinalização de que haja preponderância das circunstâncias judiciais umas sobre as outras (STF-RT 550/406), tal como ocorre no concurso de circunstâncias legais (art. 67, CP). Portanto, todas as oito circunstâncias devem ser valoradas e motivadas pelo julgador, sob pena de nulidade (art. 93,IX, da CF).

O que se admite concluir, no contexto, é que a fixação da pena-base ficaria mais transparente, se o julgador destacasse a quantidade de pena correspondente a cada circunstância judicial - que não pode ultrapassar a 1/8 da variação entre o mínimo e o máximo da pena prevista in abstracto - o que facilitaria o exame de sua correção, ou seja, se bem dosada, evitando-se a elaboração de outros cálculos aritméticos.<sup>28</sup>

Assim, cada circunstância judicial poderia elevar a pena mínima em até 1/8 da variação prevista no tipo penal. Exemplificando, o citado magistrado indica a hipótese do crime de lesão corporal seguida de morte (artigo 129, § 3º do Código Penal), em que se comina pena mínima de 04 anos e pena máxima de 12 anos de reclusão. A diferença entre os extremos é 08 anos, o que significaria que cada circunstância judicial tem peso de até 01 ano na fixação da pena-base (08 anos dividido por 8 circunstâncias corresponde a 01 ano). Desse modo, o julgador ao

---

<sup>28</sup> JORGE, Mario Helton. Direito Penal: a quantificação da pena em face das circunstâncias. Disponível em: <[http://www.mundolegal.com.br/?FuseAction=Doutrina\\_Detalhar&did=20032](http://www.mundolegal.com.br/?FuseAction=Doutrina_Detalhar&did=20032)> Acesso em: 06 de maio de 2007.

analisar cada uma das circunstâncias judiciais elencadas no artigo 59 do Código Penal, poderia aumentar a pena mínima em no máximo 01 ano.

Essa é uma posição respeitável, já que seu fundamento é a de que o legislador não indicou qualquer preponderância entre as circunstâncias judiciais e portanto, devem todas concorrerem igualmente para a determinação da pena-base.

Entretanto, ousou discordar do respeitável magistrado. Acredito que o juiz tem que analisar cada circunstância judicial e elevar a quantidade de pena de acordo com suas próprias convicções e não a partir de uma fórmula pré-determinada. Penso que a fixação de um *quantum* determinado para cada uma das circunstâncias judiciais faria engessar o raciocínio e as ponderações do julgador sobre o caso.

Acredito que a adoção de processos aritméticos para a fixação da pena-base, com o estabelecimento de critérios objetivos, não é a melhor solução para delimitar o aumento da pena.

Discordo também do posicionamento de que as circunstâncias judiciais concorram igualmente para a fixação da pena-base. O magistrado, no momento da aplicação da reprimenda, poderá preponderar uma circunstância em relação à outra, face a sua gravidade. Poderá também aplicar pena superior ao “limite pré-fixado”, se considerar que a circunstância necessita de tal majoração para promover a reprovação e prevenção do crime.

O juiz não tem um “limite” determinado para graduar o aumento da pena-base. Pode o mesmo chegar a qualquer valor de pena, nesta primeira fase, desde que dentro dos parâmetro legais. O magistrado tem que analisar também, ao aplicar a reprimenda da primeira fase, se o delito contem previsão legal na forma qualificada e na privilegiada. Caso o crime possua uma dessas duas formas, deve o julgador aplicar uma pena-base proporcional à essas penas majoradas ou diminuídas. Ou

seja, o juiz deve observar as penas cominadas para o crime qualificado e para o privilegiado e estabelecer proporcionalmente a pena-base.

Sem dúvida, aferir uma pena-base justa, humana e proporcional e que concomitantemente seja necessária e suficiente para promover a repressão e prevenção do crime não é uma tarefa fácil. Por isso, deve o julgador se esforçar e utilizar do maior número de recursos disponíveis, para conhecer as características do agente criminoso, da vítima e todos os caracteres do fato delituoso, para que a reprimenda seja a mais ideal possível, se moldando ao justo e ao proporcional ou ao menos deles se aproximando.

O que se quer preservar é segurança jurídica, sem se descuidar das particularidades do caso concreto, em vista das finalidades da pena.

## Capítulo 5

### CONSEQÜÊNCIAS DO CRIME

#### 5.1 Conceito

As conseqüências do crime podem ser identificadas pela repercussão social provocada pelo delito. São os desdobramentos, não necessariamente típicos, advindos da ação do agente, reveladores da danosidade decorrente do delito cometido.

Magalhães Noronha entende estarem as mesmas relacionadas ao maior ou menor vulto do dano ou perigo de dano, que é sempre inerente ao delito, não só para a vítima como para a sociedade, o sentimento de insegurança provocado nesta e outros efeitos ainda que afastados.

Entende Bitencourt, que deve ser analisada a maior ou menor danosidade decorrente da ação delituosa praticada ou o maior ou menor alarma social provocado, isto é, a maior ou menor irradiação de resultados, não necessariamente típicos do crime.

Ademais, deve haver especial cuidado para que não se confundam as conseqüências do crime com as conseqüências naturais do delito. Seria um equívoco absurdo, por exemplo, num homicídio, a alegação de que "as conseqüências foram graves porque a vítima morreu". A morte da vítima é o resultado inerente ao homicídio, sem o qual o crime não teria ocorrido.

A doutrina e a jurisprudência são unânimes ao afirmarem que as conseqüências advindas da ação delituosa não podem ser confundidas com os resultados inerentes do tipo penal. Assim vê-se na jurisprudência abaixo transcrita:

Tribunal de Justiça do Paraná. EMENTA: APELAÇÃO CRIME - DUPLO HOMICÍDIO TENTADO PRIVILEGIADO - DOSIMETRIA DA PENA - **CONSEQÜÊNCIAS DO CRIME QUE NÃO SE CONFUNDEM COM O RESULTADO DA AÇÃO DELITUOSA - VÍTIMA QUE FICA TEMPO CONSIDERÁVEL SEM TRABALHAR EM RAZÃO DAS LESÕES SOFRIDAS [...]** - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. Apelação Crime N.º 387.698-8, da Vara Criminal e Anexos do Foro Regional de Campo Largo da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba. Apelante: Benedito Veiga de Lima  
 Apelado: Ministério Público do Estado do Paraná  
 Relator: Juiz Convocado. Luiz Osório Moraes Panza. Acórdão de 16 de agosto de 2007.

**As conseqüências apontadas pelo magistrado não fazem parte do tipo penal de homicídio.** Certo que a morte da vítima ou as lesões nela produzidas são resultado típico da intenção homicida, mas a morte de alguém ou as lesões sofridas podem gerar conseqüências graves na vida dos amigos e familiares da vítima ou dela própria, em caso de homicídio tentado, transcendendo ao mero resultado. Foi o que ocorreu no caso concreto. Em razão das lesões sofridas a vítima Alexander ficou impossibilitada de trabalhar por tempo considerável, conforme se vê dos laudos de fls. 27/28 e 58. Obviamente o homicídio tentado deixa lesões na vítima, **sendo este o resultado do crime, que são se confunde com as conseqüências advindas destas lesões**, que impossibilitaram a vítima de exercer suas funções habituais, inclusive laborativas, por tempo considerável (...). (grifo é do autor).

Tem-se que se tomar cuidado também para que a elevação da pena diante das graves conseqüências do crime não coincidam com aquelas elencadas como circunstâncias legais, situação em que não poderão ser analisadas por ocasião da fixação da pena-base, evitando-se que haja, também nesse caso, a possibilidade de uma dupla valoração do mesmo critério.

## 5.2 Dano originado pela conduta do infrator

Os danos causados pela conduta do delinqüente podem repercutir em diferentes esferas. Isso significa que não só a vítima é atingida pelo dano. Seus familiares, na maioria das vezes também sofrem conseqüências advindas da prática do ilícito. Importante também advertir que os danos podem irradiar efeitos também

para o próprio autor do delito, bem como em sua família. E, além dessas pessoas diretamente relacionadas ao fato criminoso, a sociedade e terceiros também são atingidos.

Percebe-se, então, que as conseqüências do delito afetam não só aqueles envolvidos no fato, mas também terceiros estranhos à conduta delituosa, o que demonstra a gravidade do cometimento de uma infração.

### **5.3 Danos causados à vítima e aos seus familiares**

Via de regra, a vítima é o sujeito mais atingido pelas conseqüências do delito. É a pessoa que sofre diretamente os efeitos da conduta criminosa.

Os danos, para a vítima, podem constituir-se em danos materiais, bem como em danos morais. Dano material é aquele que afeta diretamente o patrimônio da vítima, diminuindo-o e que pode ser avaliado economicamente. Já o dano moral, em contraposição ao dano material, é insuscetível avaliação econômica, isto é, são aqueles que não têm repercussão de caráter patrimonial. O elemento característico do dano moral é a dor, o sofrimento.

Vê-se abaixo um exemplo de conseqüências consubstanciadas em danos materiais ao ofendido:

Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. EMENTA: APELAÇÃO CRIME. FURTO DUPLAMENTE QUALIFICADO. DESTRUIÇÃO OU RÔMPIMENTO DE OBSTÁCULO À SUBTRAÇÃO DA COISA E ESCALADA. TENTATIVA. 1. DECRETO CONDENATÓRIO. MANUTENÇÃO. Apelo parcialmente provido. Apelo Ministerial improvido. Apelação Crime Nº 70019259555, Oitava Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Relator: Fabianne Breton Baisch, Julgado em 13 de junho de 2007.

**Conseqüências do crime negativas, em face do prejuízo suportado pela empresa-vítima, já que o acusado danificou o sistema de alarme,**

**arrombou e destruiu, portas, forro e ainda, removeu telhas, para invadir a unidade bancária.** (grifo é do autor).

Tanto os danos materiais, como os morais devem ser valorados pelo magistrado na aplicação da pena-base. Entretanto, nesses casos será de difícil aferição o *quantum* de agravamento da pena estabelecida no artigo 59 do Código Penal.

Além de danos exclusivamente patrimoniais e daqueles que se caracterizam pelo sofrimento da vítima, pode ocorrer também a lesão física advinda do evento criminoso. Sem dúvida, aquele que atropela uma pessoa que corretamente efetuava a travessia de uma avenida, fazendo com que a vítima perca os movimentos dos membros inferiores, deixando-a parálitica, merece agravamento em sua pena-base. É um dado que impõe a consideração do julgador no momento em que for encontrar a pena da primeira fase.

Lesão mental ou sofrimento emocional, também sempre está presente como conseqüência do delito, certas vezes em maior vulto e em outras em menor. Imagine uma jovem, ou até mesmo uma criança, vítima de um crime contra os costumes. As conseqüências advindas do fato criminoso são incalculáveis. Certamente a vítima carregará por anos ou até mesmo até o fim de sua vida conseqüências de ordem psíquica. Note-se que aqui a atenção do julgador também é essencial.

Além dos danos sofridos pela vítima, danos causados aos familiares da vítima também são comuns. Normalmente, quando a vítima falece, a família é gravemente abalada e diretamente atingida. Supõe-se uma vítima, arrimo de família, que deixa ao desamparo filhos menores, cuja mãe não possui qualificação profissional. Ou então o roubo a um aposentado do INSS, que acabara de sair da agência bancária,

logo após ter recebido seus proventos e que necessitava do numerário para o sustento da prole.

Todos esses danos sofridos pela vítima e por seus familiares devem ser considerados no momento da aplicação da pena.

E como deve agir o magistrado na avaliação dos efeitos sofridos pela vítima e por seus familiares?

Avaliar a exata extensão do dano nem sempre é possível. Intermináveis dificuldades terão o magistrado no momento da apreciação do dano sofrido pelo sujeito passivo ou por sua família.

Sem dúvida, que em certos casos o juiz poderá diferenciar determinadas situações e aplicar, em conseqüência, penas diferentes. Tome-se como exemplo o crime de lesão corporal de natureza grave pela debilidade permanente de membro, sentido ou função. O tipo é o mesmo para o caso da vítima perder uma mão, um braço, um pé ou uma perna. Porém será na fixação da pena-base que o juiz diferenciará um caso do outro.

Nos casos em que os danos são materiais ou acarretam lesão física, a aferição pelo magistrado dos danos sofridos tanto pela vítima como por seus familiares, por serem danos concretos, se torna mais fácil. Nessas hipóteses deve o juiz comparar com casos semelhantes e tentar ponderar um agravamento de pena condizente com a gravidade do dano.

Entretanto, em certas situações, como nos casos de lesões morais, o magistrado não conseguirá aferir os danos sofridos pela vítima, até porque, muitas vezes os danos só serão notados tempos após o cometimento do delito. Nesses casos, deve o juiz analisar, ponderar e tentar avaliar a situação em concreto e os danos já existentes, aplicando a pena-base capaz de reprovar e prevenir o delito.

Pode também o julgador considerar que apesar do delito não ter gerado danos imediatos, que com a conduta delituosa, graves danos certamente surgirão, e assim, agravar a pena em face desta evidente possibilidade de surgimento dos danos.

Aqui, o juiz estaria julgando por presunção, já que as conseqüências advindas do delito ainda não surgiram. Totalmente correta a atitude do magistrado. Na sentença, o mesmo teria que justificar o aumento de pena partindo de um raciocínio baseado em um fato desconhecido para se chegar a um fato conhecido.

O fator determinante do agravamento da pena opera-se por força do simples fato da violação da norma jurídica. Assim, verificado o evento danoso, o aumento de pena é de rigor, já que os danos somente surgirão no futuro.

Em situação totalmente oposta e talvez em um plano meramente teórico, pode a vítima acabar sendo beneficiada com o delito. Difícil se imaginar alguma situação em que a vítima “ganhará” com a prática do ilícito. Porém, imaginemos uma hipótese em que após o crime, a vítima ganha destaque na mídia face o interesse da imprensa na divulgação do delito e com essas aparições começa a lucrar economicamente com a circunstância. Nesse caso, poderia o juiz também valorar esta conseqüência na aplicação da pena-base? Entendo que não. Na apreciação pelo juiz das circunstâncias judiciais, deve o magistrado se ater à conseqüências desfavoráveis do delito, isto é, a maior ou menor intensidade de *lesão* causada à vítima. Assim, neste caso em que os danos foram positivos, o julgador simplesmente fará constar na sentença que as conseqüências do crime foram inerentes ao tipo penal e que não devem ser consideradas para fins de agravamento de pena.

#### **5.4 Danos causados ao próprio réu e à sua família**

Sem dúvida que o réu também é atingido pelas conseqüências do delito praticado. É lógico que aqui, o réu sofre danos gerados por sua própria conduta ilícita.

A prisão do sujeito ativo é a primeira dessas conseqüências, e daí as seguintes são decorrentes de sua privação da liberdade. O réu perde a liberdade e todos os benefícios que com ela se conquista (a liberdade de escolha, o convívio com sua família e filhos, o trabalho, a remuneração salarial, sua vida social, entre outros).

Além do próprio autor do delito, sua família também é atingida por esses danos. Seus familiares serão privados da dedicação que o réu proporcionava à eles, poderão ficar prejudicados financeiramente nos casos do preso ser o “chefe da família”, a renda familiar ficará menor e conseqüentemente o sustento dos entes da família restará prejudicado.

Seus filhos também sofrerão com a prisão de seu ascendente. Eles serão afetados psicologicamente, afetivamente e na maioria dos casos financeiramente, já que o pai normalmente é a pessoa que ajuda a sustentar a família e que proporciona melhores condições de vida à seus parentes.

Importante consignar que esses efeitos advindos ao réu e seus familiares, em nada se confunde com os efeitos decorrentes da sentença condenatória, uma vez que esses são oriundos da própria condenação.

Somente para exemplificar, a sentença condenatória produz efeitos penais, quais sejam: impedir ou revogar o sursis, livramento condicional ou reabilitação, lançar o nome do réu no rol dos culpados, propiciar a reincidências, etc. E produz também efeitos extrapenais, ou seja, que provocam conseqüências fora do âmbito do Direito Penal, e dividem-se em genéricos ou automáticos (tornar certa a

obrigação de reparar o dano e a perda em favor do Estado de bens e valores de origem ilícita) e efeitos extrapenais específicos, que devem ser declarados na sentença (perda do cargo, função ou emprego público e mandato eletivo; perda do poder familiar, tutela ou curatela; perda do direito de dirigir veículo).

É óbvio que os efeitos naturais do delito jamais poderão ser sopesados pelo magistrado no momento da aplicação da pena. Com mais obviedade os efeitos decorrentes da sentença condenatória, uma vez que esses só surgem após a condenação e logicamente, após a aplicação da pena.

Note-se que ao contrário das conseqüências advindas à vítima ou sua família, que não são próprias do crime, aqui os efeitos são inerentes ao delito e não podem ser considerados na dosimetria da pena. Isso significa que a perda pelo réu do convívio com sua família, do convívio social, de suas atividades de trabalho ou escolares, atividades esportivas, bem como dos demais benefícios advindos da liberdade pessoal, não serão considerados prejudiciais ao réu. Aliás, seria inimaginável o abrandamento de pena face essas conseqüências próprias do delito, uma vez que a função da reprimenda é justamente a prevenção e reprovação do crime, consubstanciada na perda da liberdade pelo indivíduo.

## **5.5 Danos causados à terceiros**

Terceiros também podem sofrer conseqüências da conduta do infrator. Esses terceiros seriam as pessoas não diretamente relacionadas com o delito, mas que participaram de alguma forma do cenário do crime.

Pense em um sujeito que presencia a ação delituosa; uma terceira pessoa que assiste a um homicídio em plena luz do dia, no momento em que se dirigia ao seu trabalho rotineiro; ou então uma criança que para escapar de um tiroteio tem que se esconder entre os carros que passam pela Avenida.

Evidente que esses sujeitos carregarão um certo dano por presenciarem os delitos ocorridos. Uns terão traumas para o resto da vida, causando-lhes graves seqüelas; outros serão apenas atingidos por uma perturbação passageira. Mas certo é que todos serão atingidos pela conduta do infrator.

Aqui, seria necessário também se perguntar: esses danos ou perturbações podem ser consideradas pelo magistrado como circunstância judicial?

Acredito que não. Para ocorrer agravamento de pena face as conseqüências do crime, é necessário dano ou perigo de dano causados à vítima, sua família ou à sociedade.

E além disso, na quase unanimidade dos casos, o juiz nem tomará ciência dos eventuais danos acarretados por esses terceiros. Assim, nem mesmo terá como valorá-los.

Entretanto, imagine-se a situação em que a ocorrência do crime ocasione danos efetivos à esses terceiros. Suponha-se que em uma festa de casamento, dois sujeitos começam a brigar no interior do salão e acabam por destruir todo o cenário do local e em conseqüência fazem com que a cerimônia seja encerrada antes do esperado. Nessa situação os terceiros estavam diretamente envolvidos e sofreram danos. Certamente que qualquer reivindicação judicial ficará restrita ao Juízo Cível, entretanto nota-se que os noivos certamente poderão reclamar pelos danos advindos da conduta criminosa.

Nesse último exemplo, as conseqüências do crime também não serão ponderadas no momento da aplicação da pena, porém poderá ser fato jurídico para ajuizamento de ação cível de reparação dos danos advindos da conduta ilícita.

## **5.6 Danos causados à sociedade**

Como dito anteriormente, a função do legislador é a de fixar abstratamente a sanção, estabelecendo um limite mínimo e máximo. Cabe ao juiz, então, encontrar e fixar, dentro desse limite, a pena cabível com fundamento na reprovação e prevenção do crime.

O magistrado levará em consideração para aplicação da pena-base também as conseqüências do crime advindas à sociedade. Ou seja, deverá considerar os danos causados à coletividade com a ação criminosa.

Note-se que a repercussão social e o clamor público devem constituir parâmetros para aplicação de pena mais severa. Mesmo sendo conseqüências que extrapolam a esfera do ofendido, devem ser sopesadas no momento da aplicação da reprimenda.

Deve ser atribuída uma pena maior ao agente que comete delitos com maior repercussão social face as funções retributiva e de prevenção geral da pena, ambas previstas no próprio artigo 59 do Código Penal.

Entretanto, há que se considerar o fato de que o clamor público nem sempre ocorre em razão da gravidade do delito. Muitas vezes se dá face o grande prestígio da vítima ou do autor do delito, a posição social dos envolvidos no crime ou até mesmo interesse circunstancial da imprensa na divulgação do delito. Nesses casos,

pelo fato das graves conseqüências não advirem diretamente do delito, não deve o juiz as considerar.

Excelente exemplo dos danos que podem ser causados à sociedade pela prática de crime, é dada pelo doutrinador Rogério Greco quando dispõe:

Os crimes contra a Administração Pública, em nossa opinião, encontra-se no rol daqueles cujas conseqüências são as mais nefastas para a sociedade. Os bandidos de colarinho branco, funcionários de alto escalão na Administração Pública, políticos inescrupulosos e tantos outros que detêm uma parcela do poder, quando efetuam suas subtrações dos cofres públicos causam verdadeiras devastações no seio da sociedade. Escolas deixam de receber merendas, hospitais passam a funcionar em estado precário, obras deixam de ser realizadas, a população miserável perece de fome, enfim, são verdadeiros genocidas, uma vez que causam a morte de milhares de pessoas com suas condutas criminosas.<sup>29</sup>

Certamente, à esses delitos “de alto escalão”, como por exemplo os de “colarinho branco” deve o juiz despendear mais atenção e os apenar mais severamente, utilizando a majoração da pena-base como um dos recursos disponíveis para tanto. Assim agindo o magistrado estará atendendo uma das finalidades da reprimenda, qual seja, a prevenção de novos delitos.

Delitos também que tenham como sujeito passivo pessoa famosa, com destaque significativo, grandes símbolos mundiais ou autoridades também podem e devem ser agravados face a gravidade dos danos gerados à sociedade. Imagine-se um delinqüente que assassina o “Papa”. Serão incalculáveis os danos advindos à toda comunidade católica, bem como a todo o mundo. Sem dúvida que um crime em que a sociedade se comove, diante da sua grande repercussão, deve ser mais severamente apenado.

---

<sup>29</sup> GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal. Parte Geral – Volume I. 6. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006, p.606.

Relembremos o trágico episódio do assassinato do Prefeito Toninho do PT, da Cidade de Campinas, interior do Estado de São Paulo. Tal figura consagrada na cidade foi abruptamente assassinada quando retornava à sua residência após ter ido ao Shopping retirar seu terno que acabara de ficar pronto. Com a sua morte, a cidade inteira, bem como a região e o país ficaram estarecidos. Sem dúvida que o crime deixou seqüelas à população campineira. A sociedade se chocou e se abalou com o delito. Houve clamor público advindo da infração.

Vê-se, que nos casos em que há grave dano à sociedade, deve o juiz aplicar pena mais severa ao delinqüente, isso por que o sujeito ativo atingiu com a sua conduta um número indeterminado de pessoas, causando danos incontáveis à coletividade.

## CONCLUSÃO

Conforme se constatou, o trabalho de fixação da pena é regulado por princípios e regras que conduzem o magistrado à individualização das medidas concretas, a partir de uma atuação jurisdicional fundada num exercício discricionário, cujo objetivo é permitir a aplicação de penas individualizadas e proporcionais, que sejam necessárias e suficientes para promover a reprovação e a prevenção da conduta.

Para que se atinja esse fim, o legislador fixou os critérios que foram objeto do presente estudo, os quais devem, a princípio, possibilitar a aplicação de penas que, além de atingirem os fins de prevenção e reprovação, atendam aos princípios da justiça, humanidade e da proporcionalidade, de modo individualizado.

Não há dúvidas quanto à imprescindibilidade de que as penas sejam individualizadas, inclusive porque a idéia de uma pena adequada ao caso concreto significa um grande avanço em termos de Direito Penal, já que permite medidas sancionatórias adequadas e suficientes a promover os fins a que se destinam.

No entanto, verificou-se que há grande complexidade em se concretizarem tais princípios. O juízo discricionário acerca das circunstâncias judiciais, que deve ser necessariamente motivado, é sempre pautado por critérios impregnados de valores subjetivos do julgador.

No que tange às conseqüências do crime, essa carga de subjetividade do juiz também está presente.

Avaliar com precisão a lesão mental ou o sofrimento emocional da vítima, a exata extensão da lesão física ou as conseqüências do crime que atingiram terceiros

ou a sociedade não é tarefa fácil. O juiz poderá se deparar também com danos ainda não evidenciados, caso em que deverá julgar por presunção.

Sem dúvida, que com a prática de um delito, vários núcleos sofrem as conseqüências advindas da conduta ilícita. Todavia, valorar os danos sofridos pode ser, muitas vezes, atividade impossível a ser realizada pelo magistrado.

Nas hipóteses do julgador possuir meios de auferir, valorar e quantificar as conseqüências do crime, deve o mesmo atribuir uma pena maior ao agente. Esse agravamento será atribuído aos desdobramentos, não necessariamente típicos, advindos da ação do agente, reveladores da danosidade decorrente do delito cometido.

Mesmo em relação às circunstâncias que permitem uma avaliação até certo ponto objetiva, a partir do estabelecimento um critério válido para todos casos, como se poderia fazer com os antecedentes do réu, há resultados de aplicação diferentes de acordo com o entendimento de cada julgador.

Há uma inegável dificuldade em se estabelecer um julgamento justo e proporcional que atenda o grau de reprovabilidade da conduta. É de extrema dificuldade a atuação do julgador na aplicação da quantidade exata de pena que o fato criminoso merece receber.

A sentença, portanto, deve ser fruto da consciência do magistrado. Além do seu conhecimento técnico, é necessário bom senso, equilíbrio e responsabilidade para uma valoração adequada. Assim, a sentença penal será produzida de forma justa, humana e proporcional, atingindo os fins de prevenção e reprovação, finalidade máxima da pena.

**BIBLIOGRAFIA**

- ALMEIDA, José Eulálio Figueiredo. **Sentença Penal: Doutrina, Jurisprudência e Prática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- BARREIROS, Yvana Savedra de Andrade. **Comentários ao art. 59 do Código Penal**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1201, 15 out. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9044>>. Acesso em: 06 maio 2007.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal: parte geral, v 1**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002.
- BOSCHI, José Antônio Paganella. **A sentença Penal**. Revista Jurídica 296, Doutrina Penal, p. 67-88, junho, 2002.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: parte geral, v 1**. São Paulo:Saraiva, 2002.
- CARVALHO NETO, Inácio de. **Aplicação da Pena**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- CERNICCHIARO, Luiz Vicente. **Aplicação da Pena**. Revista Jurídica 254, Doutrina, p. 29-31, dezembro, 1998.
- DEON, Marilise Ana. **A personalidade do agente como critério para fixação da pena-base**. Revista Jurídica 307, Doutrina Penal, p. 97-104, maio, 2003.
- FERREIRA, Gilberto. **Aplicação da pena**. 1.ed. Rio de Janeiro:Forense,1998.
- GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. Parte Geral – Volume I. 6. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.
- JORGE, Mario Helton. **Direito Penal: a quantificação da pena em face das circunstâncias**. Mundo Legal. Disponível em: <[http://www.mundolegal.com.br/?FuseAction=Doutrina\\_Detalhar&did=20032](http://www.mundolegal.com.br/?FuseAction=Doutrina_Detalhar&did=20032)> Acesso em: 06 de maio de 2007.

JORGE, Mario Helton. **Aplicação da pena:** Erros de atividade e de julgamento e suas conseqüências.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de Direito Penal:** Parte Geral – Arts. 1º a 120 do CP. 18. ed. rev. São Paulo: Atlas, 2002, v.1.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal.** Parte Geral e Parte Especial. 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.

SCHMITT, Ricardo Augusto. **Sentença Penal Condenatória:** aspectos práticos e teóricos à elaboração. Salvador: Jus Podivm, 2006.

SILVA, Jorge Vicente. **Manual da sentença penal condenatória:** requisitos e Nulidades. 1.ed. Curitiba:Juruá,2005.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios que regem a aplicação da pena.** Justiça Federal. Disponível em: <<http://www.cjf.gov.br/revista/numero7/artigo1.htm>>. Acesso em: 05 de maio de 2007.

TRISTÃO, Adalto Dias. **Sentença Criminal:** prática de aplicação de pena e medida de segurança. 6.ed. Belo Horizonte:Del Rey, 2004.