

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

PRISCILLA NOGUEIRA CALMON DE PASSOS

A ANÁLISE DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NA FIXAÇÃO DA PENA-BASE

**CURITIBA
2010**

PRISCILLA NOGUEIRA CALMON DE PASSOS

A ANÁLISE DAS CIRCUNTÂNCIAS JUDICIAIS NA FIXAÇÃO DA PENA-BASE

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. Lourenço Cristóvão Chemim.

**CURITIBA
2010**

TERMO DE APROVAÇÃO

PRISCILLA NOGUEIRA CALMON DE PASSOS

A ANÁLISE DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NA FIXAÇÃO DA PENA-BASE

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: _____

Avaliador: _____

Curitiba, _____ de _____ de 2010.

Aos meus pais, por todo apoio, incentivo,
estímulo e amor incondicional.

"Não há crime, por maior que seja a sua gravidade, que não tenha direito à justiça. E porque assim penso, e porque, juízes, não podemos separar nunca a responsabilidade individual da responsabilidade coletiva, é que, na apreciação dos fenômenos do mal e do crime; a nossa consciência está obrigada sempre a estender o círculo das suas averiguações um pouco além do que envolve a pessoa acusada."

Rui Barbosa

AGRADECIMENTOS

A Deus, pela oportunidade de aprendizado e crescimento nesta experiência terrena.

A meus Pais, por acreditarem em mim e empenharem seus esforços para que possa explorar todos os meus potenciais e superar minhas limitações, fortalecendo-me o caráter nesse processo de construção de valores perenes.

A todos os Mestres e Colegas que, ao longo do ano, vêm me dando exemplos de responsabilidade e de apaixonada dedicação aos estudos e ao trabalho.

Aos Amigos, cuja convivência torna mais doce a existência e mais felizes os labores diários.

Aos Funcionários da Escola da Magistratura Estadual do Paraná, que não apenas tornaram possível a materialização deste trabalho, mas nos sensibilizam com sua atenção e respeito.

Especialmente, a meu estimado Orientador Professor Doutor Lourenço Cristóvão Chemim, que me conduziu com segurança e firmeza na elaboração desta Monografia, dispensando-me seu tempo na forma de valiosas orientações e informações.

Também aos ilustres integrantes da Banca, que gentilmente acederam ao convite para integrá-la, enriquecendo o debate em torno do tema.

Obrigada!

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	09
2 PENA	12
1.1 CONCEITO DE PENA.....	12
2.1.1 Origem histórica da pena.....	14
2.1.2 Finalidades da pena.....	20
2.2 INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA.....	24
2.2.1 Conceito e importância.....	25
3 APLICAÇÃO DA PENA	30
3.1 SISTEMA TRIFÁSICO DE APLICAÇÃO DA PENA.....	30
3.1.1 Primeira fase: pena-base.....	32
3.1.2 Segunda fase: pena intermediária.....	32
3.1.3 Terceira fase: pena definitiva.....	39
3.2 A OBRIGATORIEDADE DE FUNDAMENTAÇÃO NA FIXAÇÃO DA PENA.....	41
4 FIXAÇÃO DA PENA-BASE	45
4.1 ANÁLISE DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS.....	46
4.1.1 Conceito.....	46
4.1.2 Espécies de circunstâncias judiciais.....	49
4.1.2.1 Culpabilidade.....	49
4.1.2.2 Antecedentes.....	54
4.1.2.3 Conduta social.....	60
4.1.2.4 Personalidade.....	63
4.1.2.5 Motivos do crime.....	66
4.1.2.6 Circunstâncias do crime.....	68
4.1.2.7 Consequências do crime.....	69
4.1.2.8 Comportamento da vítima.....	70
4.1.3 Teorias sobre o <i>acréscimo ideal</i> a ser aplicado na fixação da pena-base.....	72
5 CONCLUSÃO	84
REFERÊNCIAS	88

RESUMO

O presente trabalho monográfico tem a intenção de apurar quais são os critérios utilizados para a valoração das circunstâncias judiciais no processo de fixação da pena-base. Para tanto, inicia por uma breve explanação acerca do conceito da palavra “pena”, bem como suas finalidades e origem, analisando, também, o princípio da individualização da pena. Faz-se, ainda, uma análise das fases que integram o sistema trifásico de aplicação da pena, discorrendo-se acerca da obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais, especialmente no tocante à aplicação da pena. Por fim, tratando sobre a fixação da pena-base, faz-se uma análise de cada uma das circunstâncias judiciais, apontando-se os critérios para sua valoração, indicando sugestões de fundamentação e avaliando algumas das teorias sobre o *quantum* a ser fixado em relação às circunstâncias do artigo 59 do Código Penal.

Palavras-chave: aplicação da pena; dosimetria; pena-base; circunstâncias judiciais.

1 INTRODUÇÃO

A aplicação da pena é o momento mais importante da sentença penal condenatória, pois é nela em que o juiz dá efetivo cumprimento à norma constitucional de individualização da pena, insculpida no artigo 5.º, inciso XLVI da Constituição Federal.

Nesse processo de dosimetria da pena, deve ser observado o sistema trifásico, proposto por Nelson Hungria, pelo qual se estabelecem três fases a ser observadas pelo Magistrado, quais sejam: a fixação da pena-base, através da análise das circunstâncias judiciais; a fixação da pena intermediária, através da análise das circunstâncias legais, chamadas de agravantes e atenuantes; e a fixação da pena definitiva, tão logo se analisem as causas especiais de aumento ou de diminuição da pena.

O presente trabalho versará especificamente sobre a primeira dessas fases: a fixação da pena-base, focando especialmente na análise das circunstâncias judiciais elencadas no *caput* do artigo 59 do Código Penal.

A pena-base tem significativa importância na aplicação da pena, afinal, é com base nela que se determina concretamente o *quantum* de pena sobre o qual incidirão, caso estejam presentes, as circunstâncias previstas nas demais fases do procedimento, promovendo assim uma penalização individualizada.

Para tanto, existem as chamadas “circunstâncias judiciais”, que balizam uma atuação jurisdicional fundada num exercício discricionário, permitindo a aplicação destas penas individualizada e proporcionalmente, de modo a que sejam suficientes para promover a reprovação e a prevenção da conduta.

Conforme se constata da leitura do *caput* desse dispositivo, as circunstâncias a serem analisadas pelo magistrado são: a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade do agente, os motivos, as circunstâncias e consequências do crime, bem como o comportamento da vítima. A finalidade dessas circunstâncias, denominadas judiciais, por balizarem uma atuação jurisdicional fundada num exercício discricionário, é, como dito, permitir a aplicação de penas individualizadas e proporcionais que sejam necessárias e suficientes para promover a reprovação e a prevenção da conduta.

Sendo assim, para se entender de forma global a essência dos comandos contidos no artigo 59 do Código Penal, é preciso compreender, de forma isolada, o sentido dos preceitos nele contidos, fazendo-se necessária, para isso, uma análise pontual de cada um deles, conceituando-os e apresentando suas funções, bem como analisando as principais teorias sobre a análise dessas circunstâncias pelo magistrado na fase de aplicação da pena-base.

Para tanto, iniciar-se-á com alguns comentários acerca do conceito da palavra “pena”, bem como suas finalidades, traçando-se uma breve retrospectiva acerca do seu surgimento e aplicação na História da humanidade. Em seguida, far-se-á uma rápida explanação sobre o princípio da individualização da pena.

Adiante, será apresentada uma introdução sobre o sistema trifásico de aplicação da pena, passando por cada uma das fases da dosimetria, esclarecendo-se, ao final, acerca da obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais, inclusive no que diz respeito à aplicação da pena.

Por fim, o último e principal capítulo versa sobre a aplicação da pena-base e sobre as espécies de circunstâncias judiciais, conceituando-as e estabelecendo os critérios de valoração, bem como apresentando as principais teorias sobre o

quantum a ser aplicado pelo juiz a cada uma delas no processo de fixação da pena-base.

Com o objetivo de guiar o magistrado na dosimetria da pena, para que aplique uma pena-base de modo justo, individualizado, humano e proporcional, e que seja necessária e suficiente para promover a reprobção e prevenção do crime, o presente trabalho consiste na análise dos parâmetros de fixação da pena-base, afinal, a lei traz, expressamente, os passos para calcular a reprimenda, porém, fica a critério do magistrado estabelecer os critérios de valoração dessas diretrizes.

2 PENA

2.1 CONCEITO DE PENA

A pena – assim como as medidas de segurança e as medidas alternativas – é uma espécie do gênero “sanção”. Nesse contexto, ela pode ser entendida como o “castigo” imposto pelo Estado, quando necessário, de acordo com o devido processo penal, ao agente culpável de um fato punível. Ela terá, portanto, como fundamento primeiro, a culpabilidade e deverá ser imposta por um tempo determinado¹.

A pena, com conotação ampla de punição, é um dispositivo de controle estatal utilizado para punir aqueles que põem em risco a coexistência social amigável, em decorrência da natural tendência humana de abuso dos seus direitos².

Essa punição, por sua vez, é dotada de quatro características essenciais: *i)* a indesejabilidade, na medida em que só devem ser punidas condutas indesejáveis, eis que nocivas à paz social; *ii)* a evitabilidade, ou seja, condutas inevitáveis não merecem ser punidas, pois não dependem da opção do homem; *iii)* a previsibilidade, vale dizer, se o resultado da conduta não podia ser previsto, ele não foi voluntário; e *iv)* voluntariedade, que impede a punição de atos decorrentes de caso fortuito ou de força maior³.

Conceitualmente, Guilherme de Souza NUCCI ensina que pena é a “sanção imposta pelo Estado, valendo-se do devido processo legal, ao autor da infração

¹ GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de. **Direito penal** – parte geral. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 456.

² MEHMERI, Adilson. **Noções básicas de direito penal** – curso completo. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 239.

³ Idem.

penal, como retribuição ao delito perpetrado e prevenção a novos crimes⁴. No mesmo sentido, René Ariel DOTTI explica que “é 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 ilícitos⁵”.

Complementando esses pensamentos, Luiz Flávio GOMES afirma que a pena é “privação ou restrição de bens jurídicos estabelecida pela lei e imposta pelo órgão jurisdicional contra quem cometeu (culposamente) um delito”. Ou seja, a pena é um “mal” que se aplica a uma determinada pessoa, originada e com fundamento em uma conduta delituosa⁶.

Para Luiz Regis PRADO, a pena é a mais importante consequência jurídica do delito, consistente na “privação ou restrição de bens jurídicos, com lastro na lei, imposta pelos órgãos jurisdicionais competentes ao agente de uma infração penal⁷”.

Nessa linha, o fenômeno da pena deve ser analisado sob dois aspectos fundamentais: o *estatal*, segundo o qual a pena é vista como instrumento de manutenção da ordem jurídica; e o *pessoal*, ou seja, a pena também deve ser enfocada do ponto de vista de quem a sofre, experimenta ou vivencia⁸.

O primeiro aspecto contempla a pena como instrumento a serviço da função essencial atribuída ao Estado: a missão de manutenção da ordem estabelecida. Ela se vincula, portanto, à Teoria do Estado. O fundamento real da pena deriva da sua condição de meio indispensável para fazer valer a ordem da comunidade jurídica.

Mas a pena deve ser examinada também desde a ótica do condenado que a sofre e seus co-cidadãos que vivem a experiência da aplicação do castigo estatal: nisso reside o plano “pessoal” da pena.

Se do ponto de vista “estatal” interessa, antes de tudo, justificar o direito do Estado de impor penas, em nome da comunidade, a dimensão “pessoal”, por sua vez, propõe a questão do “dever” do cidadão de suportar a

⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 2. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 52.

⁵ DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 433.

⁶ GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de. Op. cit., p. 459.

⁷ PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro** - parte geral. v. 1. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 502.

⁸ GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de. Op. cit., p. 457.

imposição de tais penas e, em consequência, o problema dos “limites” e pressupostos das mesmas⁹.

Em sua obra Manual de Direito Penal, Julio Fabbrini MIRABETE e Renato N. FABBRINI destacam que há algumas características essenciais que englobam o conceito de pena, como a legalidade, a personalidade, a proporcionalidade e a inderrogabilidade. A primeira consiste na existência prévia de lei que preveja a imposição de pena, também conhecido como o princípio da *nulla pena sine lege*, previsto no artigo 1.º do Código Penal. A personalidade, por sua vez, refere-se à impossibilidade de estender-se a imposição da pena a terceiros, princípio este positivado no artigo 5.º, inciso XLV, primeira parte, da Constituição Federal. Deve haver, também, proporcionalidade entre o crime e a pena, de modo que cada crime seja reprimido com uma sanção proporcional ao mal causado. Por fim, a lei deve ser inderrogável, de tal modo que, havendo a prática de um delito, a imposição e o cumprimento da pena serão certos¹⁰.

Adilson MEHMERI complementa esse pensamento, acrescentando a característica da reparabilidade, afinal, uma das funções principais da pena é justamente a reparação do mal causado, de modo a preservar o ideal de justiça perante a sociedade¹¹.

2.1.1 Origem histórica da pena

⁹ Ibidem, p. 457-458.

¹⁰ MIRABETE, Julio Fabbrini. FABBRINI, Renato N. **Manual de direito penal** - parte geral. v. 1. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2009. p. 232.

¹¹ MEHMERI, Adilson. Op. cit., p. 240.

São tantas e tão diversas as formas de aparecimento do castigo ao longo da história, que perde-se no tempo a origem das penas, fazendo-se necessário refletir se é possível referir-se à ela como um fenômeno uniforme ou idêntico em todos os tempos¹².

Inácio de CARVALHO NETO, contudo, apresenta uma linha do tempo para a história da pena, que remete, inclusive, aos tempos da criação do Universo, quando “o Senhor Deus disse à Serpente”:

Porquanto fizeste isso, maldita serás mais que toda besta e mais que todos os animais do campo; sobre o teu ventre andarás e pó comerás todos os dias da tua vida. E porei inimizade entre ti e a mulher e entre a tua semente e a sua semente; esta te ferirá a cabeça, e tu lhe ferirás o calcanhar. E a mulher disse: Multiplicarei grandemente a tua dor e a tua conceição; com dor terás filhos; e o teu desejo será para o teu marido e ele te dominará. E a Adão disse: Porquanto deste ouvidos à voz de tua mulher e comeste da árvore de que te ordenei, dizendo: Não comerás dela, maldita é a terra por causa de ti; com dor comerás dela todos os dias da tua vida. Espinhos e cardos também te produzirá; e comerás a erva do campo. No suor do teu rosto, comerás o teu pão, até que te tornes à terra; porque dela foste tomado, porquanto és pó e em pó te tornarás¹³.

Sem ir tão longe, Adilson MEHMERI remete à época de formação dos primeiros agrupamentos humanos, em que bens, direitos e deveres eram comuns, razão pela qual a pena era aplicada exclusivamente aos membros de outras tribos, que perturbassem a paz do grupo, redundando a pena em morte, como forma de eliminar o “vírus” do crime através do seu “portador”¹⁴.

Com o aumento desses grupos e a complexidade da convivência dentro deles, a aplicação da punição passou também a ser interna, direcionada a membros do próprio grupo, ficando a pena de morte substituída pela perda da paz, o que, todavia, tinha o mesmo fim, pois se o condenado não morresse em um ataque de

¹² GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de. Op. cit., p. 457.

¹³ ALMEIDA, João Ferreira de (Trad.). **Bíblia sagrada**: Gênesis 3.14-19. 71. impressão. Rio de Janeiro: Imprensa Bíblica, 1990, p. 37.

¹⁴ MEHMERI, Adilson. Op. cit., p. 9.

um animal feroz na selva, acabaria caindo nas mãos de tribo inimiga e seria por eles morto¹⁵.

Avançando um pouco no tempo, Adilson MEHMERI comenta sobre os povos do Oriente Antigo, que costumavam dar caráter religioso à pena. Infringir a lei era ofensa ao divino e merecia ser punida através do sacrifício do criminoso para aplacar a ira dos deuses e trazer a paz ao grupo¹⁶.

A primeira legislação dessa época foi o Código de Hammurabi (em torno de 1.850 a.C.), que previa absurdas e desproporcionais punições, como a pena de morte para crimes como o roubo de um boi, uma ovelha ou um asno (artigo 8.º), ou o crime de falso testemunho, de incêndio de casa alheia, entre outros¹⁷.

Editado por Moisés em 1.500 a.C., o Talmud, mais antigo sistema penal dos hebreus, tinha inspiração estritamente religiosa e tinha grande influência do talião¹⁸, ou seja, a regra do “olho por olho, dente por dente, mão por mão, pé por pé”¹⁹.

A legislação da Índia, o Código de Manu, do século XI a.C., reunia “um amontoado de preceitos cínicos, criado por vil casta sacerdotal, extremamente ambiciosa, egoísta, com o propósito de escravizar seres e até reis, em nome de Brahma, um deus trino, regador de deuses incoerentes²⁰”, no qual se vinculava à pena uma função reparatória, visando à retratação do infrator frente à divindade.

Enquanto essa era a realidade no Oriente Antigo, no Ocidente já se observava “a progressiva independência do direito penal em relação à religião e aos

¹⁵ Idem.

¹⁶ Ibidem, p. 11.

¹⁷ Idem.

¹⁸ A lei de talião, também dita pena de talião, consiste na rigorosa reciprocidade do crime e da pena e é frequentemente expressa pela máxima “olho por olho, dente por dente”.

¹⁹ MEHMERI, Adilson. Op. cit., p. 11-12.

²⁰ LIMA, João Batista de Souza. As mais antigas normas de direito. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 33 *apud* MEHMERI, Adilson. Op. cit., p. 12.

demais ramos do direito²¹”, apesar de não ter o Direito Grego acompanhado essa evolução como aconteceu em Roma.

Na Grécia, o tratamento e a punição do criminoso variavam conforme a vítima (se fossem deuses, o Estado ou os particulares), havendo “penas *aflictivas* (morte, desterro, flagelação), *infamantes* (privação de sepultura, restrição de direitos à adúlteras) e *pecuniárias*²²”.

Em Roma, por outro lado, o direito foi libertado de qualquer influência religiosa, passando, inclusive, a fazer distinção entre crimes e delitos, a admitir os costumes como fonte de lei, a não permitir a aplicação da pena de morte sem julgamento. Também esboçou o primeiro conceito de crime culposos e criou o direito de recurso de toda sentença penal²³.

Os germânicos, a seu turno, aplicavam a pena de morte aos crimes mais graves e o talião para os menos graves. Tudo o mais se resolvia através da indenização, mas também se punia com duelos, mutilação e exílio²⁴.

Já no Direito Medieval, a necessidade de manutenção do absolutismo no poder, determinou a aplicação de severas penas, “executada por meios brutais e atrozes, como a forca, a fogueira, a roda, o afogamento, a estrangulação, o arrastamento, o arrancamento das vísceras, o enterramento em vida, o esquartejamento, as mutilações (...)”²⁵.

²¹ Ibidem, p. 13.

²² Idem.

²³ Ibidem, p. 14.

²⁴ Ibidem, p. 15.

²⁵ BRUNO, Aníbal. Direito penal. p. 89 *apud* MEHMERI, Adilson. Op. cit., p. 15.

Gilberto FERREIRA aponta ainda a Idade Média como momento de início da privação de liberdade pela Igreja, que costumava punir os infiéis com a pena de penitência²⁶.

No século XVII, contudo, teve início o chamado “período humanitário”, momento em que surgiram movimentos de reação aos excessos punitivos dos períodos anteriores, sob o prisma do princípio da legalidade como meio de evitar a interpretação e o arbítrio dos juízes. Condenava-se a crueldade, pregando-se a presunção de inocência, princípio vigente até os dias atuais²⁷.

Seguindo a tendência de humanização do direito penal, no período do Iluminismo (século XVIII) “a pena abandonou a fundamentação teológica, assumindo um fim utilitário²⁸”, revolucionando o Direito Penal, caracterizado, agora, por sete ideias centrais, bem traduzidas por Luiz Regis PRADO e Cezar Roberto BITENCOURT:

a) a afirmação do princípio fundamental da legalidade dos delitos e das penas: só as leis podem fixar as penas em relação aos delitos e esta autoridade não pode residir senão no legislador; b) a finalidade da pena é a prevenção geral e a utilidade: a pena deve ser necessária, aplicada com presteza, determinada, suave e proporcionada ao delito; c) a abolição da tortura e da pena de morte; d) a infalibilidade na execução das penas; e) a clareza das leis; f) a separação das funções estatais; g) a igualdade de todos perante a lei penal²⁹.

Nesse contexto surge a Escola Clássica do Direito Penal, voltada absolutamente para a análise do ato criminoso em si, e não do infrator, partindo-se

²⁶ Penitência são atos como jejuns, vigílias, peregrinações, auto-flagelações, enfim, sacrifícios pessoais que os fiéis oferecem à Deus com a finalidade de expiação dos pecados. (In FERREIRA, Gilberto. **Aplicação da pena**. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 32).

²⁷ MEHMERI, Adilson. Op. cit., p. 16.

²⁸ CARVALHO NETO, Inácio de. **Aplicação da pena**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 9.

²⁹ PRADO, Luiz Regis; BITENCOURT, Cezar Roberto. Elementos de direito penal. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 28 *apud* Ibidem, p. 10.

da suposição de livre-arbítrio³⁰. Para os clássicos, a pena tinha caráter meramente punitivo e deveria ser determinada, em maior ou menor escala, conforme a gravidade do crime, baseando-se em dois segmentos principais, que defendiam a punição como uma necessidade social ou como uma simples exigência ética de retribuição³¹.

A Escola Positiva, na sequência, “toma postura materialista e vê no crime simples patologia, individual e social, que resulta de fenômeno biológico ou antropossociológico”. A pena passa a ser aplicada, portanto, sob a ótica de ressocialização do indivíduo, de forma indeterminada, ou seja, durava enquanto durasse o tratamento de recuperação do paciente-criminoso³².

Mais adiante, a Escola Crítica encarava a pena como instrumento de defesa e preservação da sociedade, sendo o caráter de imputabilidade moral do agente o fundamento da responsabilidade penal, ou seja, a imputabilidade funda-se na dirigibilidade do ato humano e na intimidabilidade, de tal modo que a pena deverá ser aplicada àqueles capazes de se levar, enquanto àqueles que não possuem tal capacidade, deve ser aplicada medida de segurança³³.

Começa a instaurar-se, destarte, uma nova era, de Defesa Social, erguida sob os seguintes objetivos:

- 1.º - a pena não tem somente caráter expiatório, mas interessa também para a proteção da sociedade;
- 2.º - a pena, além de ser exemplar e retributiva, tem um escopo de melhoramento senão mesmo de uma reeducação do delinquente;

³⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco C. Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n.º 1, de 1969. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972. Tomo V, p. 231 *apud* CARVALHO NETO, Inácio de. Op. cit., p. 11.

³¹ MEHMERI, Adilson. Op. cit., p. 17.

³² *Idem*.

³³ PRADO, Luiz Regis; BITENCOURT, César Roberto. Op. cit., p. 33-34 *apud* CARVALHO NETO, Inácio de. Op. cit., p. 12.

3.º - a justiça penal deve ter presente a pessoa humana, além das simples exigências da técnica processual, a fim de que o tratamento penal seja sempre humano³⁴.

Buscou-se, a partir de então, instituir um movimento de política criminal mais humanista, sob o argumento de que a sociedade apenas é defendida à medida que se proporciona a adaptação do condenado ao meio social.

Hodiernamente, as legislações penais buscam humanizar a pena, estudando mais o crime, e não o criminoso. Vale dizer, na sua concepção mais remota, a pena era vista como “sacrifício do infrator, inspirada a pena em premissas mágico-religiosas ou exteriorizada em cruéis e desumanas penas corporais na Idade Média, orientada para fins de mera intimidação³⁵”, enquanto sua concepção mais moderna contempla a “pena privativa de liberdade do ponto de vista ressocializador³⁶”.

2.1.2 Finalidades da pena

Examinando o problema das finalidades da pena, predominam na atualidade as teorias unitárias ou ecléticas, que buscam conciliar, como bem ensina o autor Luiz Flávio GOMES, dois significados distintos: o de *retribuição* e o de *prevenção*. Ou seja, tanto a pena pode ser encarada como uma forma de compensação ou restauração da violação do Direito decorrente de um delito já cometido (passado), devendo, para tanto, a pena ser proporcional ao injusto praticado pelo agente culpável, como pode ser encarada como tentativa de impedir que o autor deste delito

³⁴ Ibidem, p. 13.

³⁵ GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de. Op. cit., p. 457.

³⁶ Idem.

ou um terceiro volte ou venha a cometer nova infração criminal, ou seja, de modo a evitar a reincidência ou novos delitos³⁷.

No mesmo sentido, René Ariel DOTTI afirma que a pena deverá “prevenir e reprimir as condutas ilícitas e culpáveis³⁸”, objetivo este expressado no artigo 59 do Código Penal³⁹.

Da mesma forma, Celso DELMANTO resume esse entendimento, ensinando quê:

A pena deve ser individualizada conforme o necessário e suficiente à reprovação do delito praticado (de forma proporcional, portanto), com vistas à prevenção geral positiva (reafirmando valores), à prevenção geral negativa (desestimulando que outros pratiquem crimes) e à prevenção especial mediante a ressocialização do condenado com vistas à sua reinserção social (LEP, art. 1.º)⁴⁰.

Note-se, todavia, que retribuição não significa “vingança”, mas sim uma reação proporcional ao fato cometido, o qual será “fundamento e medida da pena, ajustando-se, em sua natureza e *quantum*, ao delito praticado⁴¹”. Para tanto, reconhece-se a existência de culpabilidade e, em seguida, harmoniza-se sua gravidade com a pena, a qual será, ao final, aplicada e executada como algo merecido.

Luiz Regis PRADO explica essa questão, definindo que a ideia de retribuição significa que a pena deverá ser proporcional ao injusto culpável, de acordo com o princípio de justiça distributiva, segundo o qual o delito perpetrado deve operar como fundamento e limite da pena⁴².

³⁷ Ibidem, p. 461-462.

³⁸ DOTTI, René Ariel. Op. cit., p. 433.

³⁹ Art. 59. [...] “conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime”.

⁴⁰ DELMANTO, Celso *et al.* **Código penal comentado**. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 272.

⁴¹ GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de. Op. cit., p. 462.

⁴² PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro** - parte geral. v. 1. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 504.

A pena, portanto, terá o caráter de “retribuição *in malam partem*”⁴³, pois representa a aplicação de um “mal” como resposta a outro “mal”, o que, por sua vez, traz à tona a ideia de proporcionalidade entre a gravidade da pena e a gravidade do delito, segundo a qual a pena deverá ser executada dentro de uma proporção que, por sua vez, “não toma como critério de referência o sentimento do lesado”⁴⁴. Vale dizer, a pena deverá ser proporcional ao injusto praticado por agente culpável.

O autor Reinhart MAURACH sintetiza o assunto, esclarecendo quê:

A pena é um mal que se impõe ao delinqüente pelo culpável não cumprimento do direito. O mal da pena compensa, em virtude de uma perda do direito (do autor), a usurpação do direito (alheio) decorrente do delito. Toda pena é, pois, por essência, retribuição. Enquanto se contemple a retribuição como uma consequência derivada pelo direito do ato culpável não será preciso insistir em que tão só a justa retribuição merece a consideração de pena. O ato é a causa do nascimento da pena, a culpabilidade, a causa de sua determinação⁴⁵.

Já a prevenção leva em conta, principalmente, a “periculosidade do agente ou a pré-disposição criminal latente na generalidade das pessoas”⁴⁶, de modo que a pena passa a representar o meio adequado para prevenção de delitos futuros.

Nesses termos, a causa ou a medida da pena não será representada pelo delito, pois esta não será aplicada em virtude de um fato cometido ou da culpabilidade do agente, mas sim como instrumento para se evitar outros fatos criminosos.

Esse caráter preventivo desdobra-se, no entanto, em dois aspectos: o *geral* e o *especial*. A chamada prevenção geral da pena caracteriza-se pelo “efeito de intimidação que a ameaça de sua imposição ou de sua aplicação ou execução

⁴³ GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de. Op. cit., p. 460.

⁴⁴ Idem.

⁴⁵ MAURACH, Reinhart. Tratado de derecho penal. v. 1. p. 79 *apud* Idem.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 462.

concretas possam produzir no seio da comunidade⁴⁷”, ou seja, visa à produção de efeitos inibitórios à realização de condutas delituosas, de maneira que os cidadãos deixem de praticar condutas ilícitas em razão do temor de sofrer a aplicação de uma sanção penal⁴⁸. A prevenção especial, a seu turno, é aquela que visa a impedir a reincidência, evitando que o indivíduo cometa novas infrações⁴⁹, manifestando-se sob a forma de advertência ou intimidação, correção ou emenda do criminoso, reinserção social ou separação, quando incorrigível ou de difícil correção⁵⁰.

Tanto a prevenção de caráter geral como a especial se subdividem em *positivos* e *negativos*. De acordo com o caráter geral-positivo, a aplicação da pena tem por finalidade reafirmar à sociedade a existência e força do Direito Penal, enquanto o caráter geral-negativo representa o fortalecimento do poder intimidativo estatal, na forma de um alerta a toda a sociedade, destinatária da norma penal. Já o caráter especial-positivo é o próprio caráter reeducativo e ressocializador da pena, sob o qual se busca preparar o condenado para uma nova vida, respeitadas as regras impostas pelo ordenamento jurídico⁵¹. Por fim, o caráter especial-negativo significa que a pena volta-se igualmente à intimidação do autor da infração penal para que este não torne a agir do mesmo modo, além de afastá-lo do convívio social, garantindo que não tornará a delinquir, ao menos enquanto estiver segregado⁵².

Pode-se dizer, portanto, que este princípio prevencionista se fundamenta em três pressupostos, quais sejam:

⁴⁷ DOTTI, René Ariel. Op. cit., p. 434.

⁴⁸ PRADO, Luiz Regis. Op. cit., p. 504.

⁴⁹ DOTTI, René Ariel. Op. cit., p. 434.

⁵⁰ PRADO, Luiz Regis Op. cit., p. 508.

⁵¹ “A Lei de Execução Penal preceitua que ‘a assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade’ (art. 10). Ademais, o art. 22 da mesma Lei, dispõe que ‘assistência social tem por finalidade amparar o preso e o internado e prepará-lo para o retorno à liberdade’”. (In NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 53).

⁵² Idem.

[...] o da possibilidade de enunciar um juízo de prognóstico minimamente seguro em relação à conduta futura do sujeito; o de que a pena pode incidir de tal maneira na periculosidade diagnosticada que certamente produz um efeito preventivo; por último, que mediante a pena seja possível lutar eficazmente contra as inclinações e tendências criminais⁵³.

Note-se, contudo, que “os objetivos de *reprovar* e *prevenir* o crime atribuídos à pena criminal são delimitados por dois adjetivos correlacionados: a *necessidade* e a *suficiência* da pena para cumprir aqueles objetivos⁵⁴”. A *necessidade*, segundo Juarez Cirino DOS SANTOS, refere-se à *natureza* da pena aplicada, ou seja, privativa de liberdade, restritiva de direitos ou multa, enquanto a *suficiência* refere-se à *extensão* da pena, ou seja, a *duração* da pena privativa, com substituição ou não por restritiva de direitos, e o *valor* da pena de multa⁵⁵.

Estabelecidos esses critérios, Juarez Cirino DOS SANTOS, define os objetivos de reprovar e prevenir o crime, através das funções de retribuição da culpabilidade e de prevenção da criminalidade, em que a reprovação é medida pela retribuição, enquanto a prevenção⁵⁶, no seu aspecto especial, representa a ressocialização e a neutralização do condenado, e no seu aspecto geral, representa o efeito de intimidação e de reforço da ordem jurídica⁵⁷.

2.2 INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

⁵³ JESCHECK, Hans-Heinrich. Lehrbuch. p. 47 *apud* GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de. Op. cit., p. 462.

⁵⁴ DOS SANTOS, Juarez Cirino. **Direito penal**: parte geral. Curitiba: Lumen Juris, 2006. p. 555.

⁵⁵ *Idem*.

⁵⁶ O autor, contudo, destaca que esses objetivos têm sido colocados em dúvida pela generalizada descrença da sociedade na prevenção especial e geral atribuídas à pena, sob o fundamento de que a compensação da culpabilidade e o discurso de prevenção da criminalidade não justificam os efeitos desintegradores da prisão.

⁵⁷ DOS SANTOS, Juarez Cirino. Op. cit., p. 555-557.

2.2.1 Conceito e importância

O conceito de individualização é, exatamente, o “ato ou efeito de individualizar (-se)⁵⁸”, que, por sua vez, é o “ato de tornar individual; especializar; particularizar [...]; caracterizar; distinguir [...]”⁵⁹. Desse conceito, decorre o fato de que o princípio da individualização da pena, previsto no artigo 5.º, inciso XLVI⁶⁰ da Constituição Federal, impede que se ignorem as diferenças, fazendo prevalecer a máxima de que “cada acusado é um, e cada fato se reveste de singularidades próprias e irrepetíveis⁶¹”, preservando-se o limite extremo de responsabilização pelo fato, de modo a garantir a realização da justiça distributiva⁶² pelo Estado.

Para René Ariel DOTTI, individualizar a pena significa “aplicar a determinado agente a resposta penal necessária e suficiente para reprimir e prevenir o crime. Tal resposta não contém somente a qualidade e a quantidade da sanção, mas, em se tratando de pena privativa de liberdade, a indicação do regime inicial de cumprimento (fechado, semi-aberto ou aberto)⁶³”.

Individualizar, portanto, significa tornar único, particularizar algo ou alguém que antes possuía tratamento genérico, distinguindo condutas ilícitas e pessoas que

⁵⁸ INDIVIDUALIZAR *In* FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Aurélio XXI**: o dicionário da língua portuguesa. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999. p. 1102.

⁵⁹ INDIVIDUALIZAÇÃO *In* Idem.

⁶⁰ “A lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos”.

⁶¹ BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 3. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 69.

⁶² “Diz-se que, ao aplicar a pena, o magistrado faz a justiça distributiva, porque ao responsabilizar os autores do fato (como propõe o princípio da igualdade de todos perante a lei) ele não pode desprezar as diferenças que fazem de cada um ‘um indivíduo’. Como diria Roxin, o princípio da igualdade exige ‘não só tratamento igual para os iguais, mas também tratamento desigual em situação de desigualdade’, como propõe, aliás, a lógica do artigo 29 do Código Penal”. (*In* BOSCHI, José Antonio Paganella. Op. cit., p. 71).

⁶³ DOTTI, René Ariel. Op. cit., p. 440.

restaram condenadas pela prática de uma infração penal, de modo a permitir que seja eleita e aplicada a justa sanção penal, quer seja em sua espécie, seu *quantum*, bem como na forma de sua execução⁶⁴.

Guilherme de Souza NUCCI⁶⁵, no mesmo sentido, entende que a individualização da pena tem a função 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”. Com isso, busca-se fugir da aplicação da pena padronizada, “mecanizada ou computadorizada”, realizada por meio de um “método unificado, empobrecido e, sem dúvida, injusto”.

Segundo esse princípio, a pena deve ser individualizada em três fases distintas: (i) na primeira, de cominação abstrata feita pelo legislador, que estabelecerá a conduta, a espécie de pena e seus limites; (ii) na segunda, de aplicação da pena pelo juiz, que apreciará o caso concreto e a culpabilidade do agente, determinando a espécie e a quantidade de pena aplicável; (iii) e na terceira, de execução, feita pelo juiz da execução e funcionários penitenciários, após o trânsito em julgado da sentença⁶⁶.

A individualização judicial (ii), a seu turno, é realizada com base nos elementos mencionados nos artigos 59 e 60 do Código Penal, quais sejam: a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade do agente, os motivos, as circunstâncias e as consequências do crime e o comportamento da vítima. Todos esses critérios, contudo, deverão ser fundamentados pelo magistrado

⁶⁴ SCHMITT, Ricardo Augusto. **Sentença penal condenatória**: teoria e prática. 5. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Jus Podivm, 2010. p. 74.

⁶⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. Op. cit., p. 30.

⁶⁶ BOSCHI, José Antonio Paganella. Op. cit., p. 69 e GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de. Op. cit., p. 511.

no momento da aplicação da pena, para que o acusado conheça os fatores que definiram sua pena, qualitativa e quantitativamente⁶⁷.

Cumprido destacar, ainda, que, em se tratando de ação penal em que figura mais de um réu, a individualização da pena deverá ser feita separadamente para cada réu, e não de forma conjunta para todos, garantindo que possam ser condenados a penas diferentes no mesmo feito. No entanto, pode ser que se imponham as mesmas penas, desde que as circunstâncias judiciais subjetivas e objetivas sejam idênticas aos co-réus.

A individualização da pena na fase judicial, a que mais interessa neste momento, constitui, portanto, atividade privativa do magistrado em íntima conexão com o legislador⁶⁸. Nela, o juiz delimita qualitativa e quantitativamente as penas na sentença, na medida da culpabilidade do agente, quantificando a pena “contra o crime e o criminoso, tendo em conta determinado fato e determinado infrator, consoante deflui da fórmula constante do artigo 29 do Código Penal⁶⁹”.

Não há que se falar, portanto, em liberdade plena do juiz para impor qualquer pena ou fixar a quantidade que bem entender. Ele estará adstrito, dentro dos limites

⁶⁷ DOTTI, René Ariel. Op. cit., p. 513.

⁶⁸ “A individualização da pena [...] expressa um ‘conjunto complexo de operações em que existe, em medida variável, uma estreita cooperação – mas também, por outro lado, uma separação de tarefas e de responsabilidades tão nítida quanto possível – entre o legislador e o juiz. Ao legislador compete, desde logo, estatuir as molduras penais cabidas a cada tipo de fatos que descreve na PE do CP e em legislação extravagante, valorando para o efeito a gravidade máxima e mínima que o ilícito de cada um daqueles tipos de fatos pode presumivelmente assumir. Mas porque o sistema não poderia funcionar de forma justa e eficaz se não fosse dotado a este de válvulas de segurança, o legislador prevê, ainda, aquelas circunstâncias que, em casos especiais, podem agravar ou atenuar os limites máximos e (ou) mínimos das molduras penais em princípio previstas para um certo tipo de fatos (circunstâncias modificativas). Com todo esse condicionalismo, assim fixado pelo legislador, tem o juiz de estritamente se conformar’, em sua função de determinar, de um lado, a moldura penal abstrata pertinente ao fato e, de outro, de ‘escolher a espécie ou o tipo de pena a aplicar concretamente, sempre que o legislador tenha posto mais do que uma’ a sua disposição”. (In BOSCHI, José Antonio Paganella. Op. cit., p. 71).

⁶⁹ *Ibidem*, p. 70.

estabelecidos, ao princípio da individualização, cumprindo assim, com a sua função de assegurar a punição pelo fato, resguardando as diferenças⁷⁰.

Nesse contexto, o artigo 59 do Código Penal, ao estatuir as regras para aplicação da pena-base, impõe ao Magistrado regras precisas que devem ser cuidadosa e fundamentadamente cumpridas, assim expostas por Celso DELMANTO:

Manda o art. 59 do CP que o juiz estabeleça, conforme seja *necessário e suficiente* para a repressão e prevenção do crime cometido: *I. As penas aplicáveis dentre as cominadas*. Quando há diferentes espécies de penas previstas, alternativamente, para a figura penal violada, deve-se, inicialmente, fazer a opção entre suas espécies (reclusão, detenção ou multa). *II. A quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos*. Encontrada a espécie de pena aplicável (ou as aplicáveis cumulativamente) passa-se à fixação da *quantidade* a ser imposta, dentro dos limites previstos na lei (é a chamada pena-base). Tratando-se de pena privativa de liberdade, os limites são os indicados especificamente na sanção do tipo. Caso a espécie escolhida seja a pena de multa (expressamente cominada para o tipo), seus limites para a escolha da quantidade são os indicados nos arts. 49, *caput*, § 1.º, e 60, § 1.º, do CP. *Observação*: caso inexistam *circunstâncias* agravantes ou atenuantes (previstas nos arts. 61, 62, 65 e 66 do CP), nem causas de aumento ou de diminuição (referidas no art. 68 do CP e previstas na Parte Geral ou Especial do CP) a serem consideradas, aquela *pena-base* será a definitiva; todavia, se elas existirem, deve-se passar ao cálculo da pena [...], antes de prosseguir nas duas fases restantes deste art. 59. *III. O regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade*. Se a pena a ser imposta pelo juiz for privativa de liberdade, cabe-lhe indicar o regime inicial para o seu cumprimento (regime fechado, semi-aberto ou aberto), na forma prevista pelo art. 33 do CP [...]. *IV. A substituição da pena privativa de liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível*. A pena privativa de liberdade encontrada pelo juiz pode ser substituível por outra espécie de pena, seja a de *multa* (CP, art. 60, § 2.º), seja a *pena restritiva de direitos* (CP, arts. 43 e 44). Sendo cabível a substituição e havendo indicação de sua suficiência (CP, art. 44, II e III, e § 3.º), o juiz procederá à substituição. Entre a substituição por pena restritiva de direitos e a concessão de sursis, a opção por aquela afigura-se mais benéfica [...]⁷¹.

Não obstante, o Código Penal deixa uma considerável margem de atuação ao magistrado no que tange à aplicação da pena, o que o obriga a fundamentar, necessariamente, a individualização que faz da pena na sentença, “não sendo, em absoluto, suficiente uma menção genérica aos artigos do Código Penal, que não

⁷⁰ Ibidem, p. 73.

⁷¹ DELMANTO, Celso *et al.* Op. cit., p. 272.

torna perfeitamente conclusiva a razão que levou o magistrado a assim decidir, no caso concreto⁷².

⁷² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro - parte geral**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 826.

3 APLICAÇÃO DA PENA

3.1 SISTEMA TRIFÁSICO DE APLICAÇÃO DA PENA

Sempre que for constatada a existência de um fato típico e ilícito, ou seja, de um crime, estando presente o pressuposto da culpabilidade do agente e inexistindo qualquer causa excludente de ilicitude ou exculpante, que excluam o crime ou isentem o réu de pena, impõe-se a aplicação da pena⁷³.

Trata-se a aplicação da pena de um “processo de *discrecionariade juridicamente vinculada*⁷⁴, através do qual o juiz, visando à suficiência para reprovação do delito praticado e prevenção de novas infrações penais, estabelece a pena cabível, dentro dos patamares determinados previamente pela lei⁷⁵”.

A atividade de aplicação da pena deverá seguir o critério trifásico, adotado no artigo 68 do Código Penal, *in verbis*: “A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento”.

Esse chamado sistema trifásico de aplicação da pena, originariamente proposto por Nelson Hungria, portanto, desdobra-se em três nítidas etapas, bem

⁷³ SCHMITT, Ricardo Augusto. Op. cit., p. 109.

⁷⁴ De acordo com Julio Fabbrini MIRABETE e Renato N. FABBRINI, “o juiz exerce relativo arbítrio na fixação da pena, dosando-se de acordo com as diversas circunstâncias entre um mínimo e um máximo cominados arbitrariamente para cada delito”. Tal sistema, segundo os autores, “possibilita ao julgador a faculdade controlada de escolher a sanção mais adequada ao delincente sem esquecer a gravidade objetiva do crime ou suas consequências particulares”. (*In* MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. Op. cit., p. 281).

⁷⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. Op. cit., p. 146.

exemplificadas por René Ariel DOTTI⁷⁶, Celso DELMANTO⁷⁷, Julio Fabbrini MIRABETE e Renato N. FABBRINI⁷⁸.

Esses autores explicam que, primeiramente, o juiz deverá avaliar as circunstâncias judiciais, elencadas no artigo 59 do Código Penal, fixando-se, assim, a pena-base. Sobre esta devem incidir as circunstâncias legais, também chamadas de circunstâncias atenuantes e agravantes, previstas nos artigos 61, 62, 65 e 66 do Código Penal, aumentando ou diminuindo a pena em quantidade que fica a seu prudente arbítrio, dando ênfase às circunstâncias preponderantes. Sobre o cálculo já alcançado após a segunda fase devem ser consideradas as causas especiais de aumento ou de diminuição, previstas de forma esparsa no Código Penal (parte geral e especial) e nas leis penais extravagantes.

Esse processo impede a apreciação simultânea de circunstâncias de espécies diversas e possibilita uma melhor verificação a respeito da obediência aos princípios de aplicação da pena, permitindo, assim, a exata determinação dos elementos incorporados à dosimetria da pena realizada pelo juiz⁷⁹.

A não observância do método trifásico, no momento de fixação da pena pelo Magistrado, por sua vez, acarreta a “nulidade da sentença como um todo unitário⁸⁰”, exceto se inexistirem circunstâncias judiciais ou causas especiais de aumento ou diminuição, ou se a pena for fixada no mínimo legal.

Celso DELMANTO observa, outrossim, a obrigatoriedade de fundamentação tópica e suficiente em cada uma das três fases, principalmente quando, em razão de causa especial de aumento, a lei autoriza a majoração da pena dentro de determinados limites, mínimos e máximos, ou quando, ao levar em conta a tentativa

⁷⁶ DOTTI, René Ariel. Op. cit., p. 543.

⁷⁷ DELMANTO, Celso *et al.* Op. cit., p. 310.

⁷⁸ MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. Op. cit., p. 299.

⁷⁹ Idem.

⁸⁰ DELMANTO, Celso *et al.* Op. cit., p. 311.

(causa especial de diminuição prevista no artigo 14 do Código Penal), o juiz deixa de justificar os motivos pelos quais diminuiu a pena com base no redutor mínimo previsto para tanto⁸¹.

O método trifásico, com a necessária fundamentação para cada uma das fases, é o que atende melhor aos interesses do acusado, pois torna mais clara a fixação da sanção penal, permitindo que saiba exatamente o processo pelo qual passa o juiz até concretizar sua pena⁸².

3.1.1 Primeira fase: pena-base

A primeira fase de aplicação da pena, prevista no artigo 59 do Código Penal, é a ocasião em que o juiz fixará “a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos” (inciso II), “atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima” (*caput*), servindo com o marco para se chegar ao apenamento definitivo.

Desse enunciado pode-se partir da ideia de que a pena-base deve se ater aos limites mínimo e máximo previstos abstratamente para o crime, não podendo ser fixada nem aquém e nem além destes parâmetros, de tal modo que quanto mais favoráveis forem as circunstâncias elencadas no *caput* do artigo 59, mais próximo do mínimo deverá ser a pena, da mesma forma que quanto mais desfavoráveis elas forem, mais próximo do máximo a pena deverá ser fixada.

⁸¹ Idem.

⁸² NUCCI, Guilherme de Souza. Op. cit., p. 166.

Cumprido destacar, entretanto, que existe quem defenda que a fixação da pena-base deve partir de um ponto médio, calculado pela soma do máximo com o mínimo cominados em abstrato pelo legislador e o resultado dividido por dois. Essa teoria se baseia nos conceitos de logicidade e racionalidade do método, na medida em que, fosse o caso de avaliarem-se circunstâncias judiciais favoráveis, se se partisse do patamar mínimo abstratamente cominado ao tipo, elas não poderiam ser mensuradas em favor do acusado⁸³.

Gilberto FERREIRA, por exemplo, afirma que sua racionalidade está justamente no fato de que se o magistrado deve atenuar ou agravar a pena levando em conta os limites mínimos e máximos preestabelecidos, “nada mais correto do que escolher um termo médio para, sobre ele, procederem-se às diminuições ou agravações necessárias⁸⁴”. Contudo, o autor conclui que, apesar de ser racional, a adoção desse critério é prejudicial ao réu, razão pela qual não deve ser aplicado.

Ao contrário, sendo consideradas favoráveis as circunstâncias do artigo 59, no caso de se partir à aplicação da pena do mínimo legal, o acusado não sofrerá nenhum prejuízo. É, na verdade, um direito do réu a aplicação da pena no mínimo legal, se, depois de analisadas as circunstâncias judiciais, não houver motivos para lhe aumentar a pena-base.

Também rejeita a teoria do “ponto médio” o autor Ricardo Augusto SCHMITT, que considera esse critério errôneo, na forma com que é realizado. Ou seja, encontrado o ponto médio, que nada mais é que a metade do intervalo entre a pena mínima e máxima previstas em abstrato, a pena-base deverá partir deste patamar, caminhando em direção à pena mínima sempre que preponderarem circunstâncias

⁸³ SILVA, Jorge Vicente. **Manual da sentença penal condenatória**: requisitos e nulidades. Curitiba: Juruá, 2004. p. 242.

⁸⁴ FERREIRA, Gilberto. Op. cit., p. 64.

judiciais favoráveis e, ao revés, em direção à pena máxima quando presentes circunstâncias judiciais desfavoráveis⁸⁵.

Esse critério, segundo o autor, “não se harmoniza com o princípio da individualização da pena, por implicar num agravamento prévio (entre o mínimo e a média) sem qualquer fundamentação⁸⁶”. Desse modo, “apenas com a presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis que justifiquem sua saída do mínimo legal é que a pena-base poderá rumar em direção ao máximo previsto em abstrato⁸⁷”, apoiada em elementos concretos que justifiquem a exasperação.

Caberá ao juiz, então, aplicar motivadamente a elevação da reprimenda, quando houver circunstâncias desfavoráveis, adicionando o *quantum* que entender merecido⁸⁸.

Outro ponto que merece ser ressaltado diz respeito aos crimes qualificados. Nesses casos, Ricardo Augusto SCHMITT ensina que basta a presença de uma qualificadora para que a conduta do agente se adeque a um tipo penal específico, com sanção própria, diversa da pena em abstrato prevista para determinado crime⁸⁹, sobre a qual deverá o juiz partir na fase de dosimetria da pena.

No entanto, nas hipóteses em que exista mais de uma circunstância que qualifique o delito, apenas uma servirá como qualificadora e as demais deverão ser deslocadas para a segunda fase de aplicação da pena, caso estejam previstas como agravantes, ou para a fase de fixação da pena-base, de acordo com a circunstância judicial que melhor guardar correspondência⁹⁰.

Nesse sentido:

⁸⁵ SCHMITT, Ricardo Augusto. Op. cit., p. 114.

⁸⁶ Ibidem, p. 115.

⁸⁷ Ibidem, p. 114.

⁸⁸ SILVA, Jorge Vicente. Op. cit., p. 243-244.

⁸⁹ SCHMITT, Ricardo Augusto. Op. cit., p. 111.

⁹⁰ Idem.

A jurisprudência desta Corte e do colendo STF admite que, reconhecidas duas ou mais qualificadoras, uma enseje o tipo qualificado e a outra circunstância negativa, seja como agravante (se como tal prevista), seja como circunstância judicial. (...). (STJ, HC 70594/DF).

3.1.2 Segunda fase: pena intermediária

Para bem efetuar a dosimetria penal, além das circunstâncias judiciais, devem-se conhecer as chamadas circunstâncias legais, também denominadas de agravantes ou atenuantes, que possuem previsão, respectivamente, nos artigos 61 e 62 e 65 e 66⁹¹, todos do Código Penal.

As atenuantes são circunstâncias legais genéricas, aplicáveis a qualquer delito, “recomendendo ao juiz que abrande o juízo de censura, diminuindo a pena-base, quando esta já não estiver fixada no grau mínimo⁹²”. Têm, portanto, um caráter de abrandamento, de suavização da pena, de redução sem que conduzam, necessariamente, à imposição do mínimo legal previsto para a infração⁹³.

Ricardo Augusto SCHMITT enfatiza, inclusive, que são circunstâncias que devem ser obrigatoriamente reconhecidas pelo julgador sempre que estiverem presentes no caso em exame, uma vez que favorecem a situação do réu⁹⁴. São elas:

Art. 65 – (...)

I - ser o agente menor de 21 (vinte e um), na data do fato, ou maior de 70 (setenta) anos, na data da sentença;

⁹¹ Aqui se deve chamar a atenção, pois, embora o Código Penal traga, em primeiro lugar, as agravantes, e depois, as atenuantes, o artigo 68 do mesmo Diploma, na aplicação da pena, manda que o juiz examine primeiro as atenuantes e depois as agravantes. Observando a sequência do artigo 68, estudaram-se primeiro as atenuantes.

⁹² NUCCI, Guilherme de Souza. Op. cit., p. 154.

⁹³ DOTTI, René Ariel. Op. cit., p. 527.

⁹⁴ SCHMITT, Ricardo Augusto. Op. cit., p. 139.

II - o desconhecimento da lei;

III - ter o agente:

a) cometido o crime por motivo de relevante valor social ou moral;

b) procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as consequências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano;

c) cometido o crime sob coação a que podia resistir, ou em cumprimento de ordem de autoridade superior, ou sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima;

d) confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime;

e) cometido o crime sob a influência de multidão em tumulto, se não o provocou.

Já as agravantes, previstas nos artigos 61 e 62 do Código Penal, são circunstâncias legais genéricas, também válidas para aplicação a qualquer crime, “desde que não constituam elemento fundamental da figura básica ou qualificadora⁹⁵”, evitando-se com isso, a dupla apenação pelo mesmo fato ou particularidade (*bis in idem*). É o caso, por exemplo, das circunstâncias agravantes genéricas do artigo 61, inciso II, alíneas *d* (com emprego de explosivo), e (contra descendente) e *h* (contra criança, maior de sessenta anos, enfermo ou mulher grávida), que não se aplicam aos delitos previstos nos artigos 251 (explosão), 125 (aborto provocado por terceiro) e 246 (abandono intelectual) – todos do Código Penal.

As agravantes podem ser classificadas em circunstâncias de caráter pessoal ou subjetivo e de caráter objetivo. As primeiras são aquelas que dizem respeito aos motivos ou aos fins de agir, à qualidade ou condição pessoal do agente e às relações do agente com os demais concorrentes ou com a vítima. Já as segundas são aquelas que se identificam pelo meio ou modo de execução, pelo tempo e lugar ou pela condição ou qualidade da vítima⁹⁶.

Diversamente das atenuantes, as circunstâncias agravantes estão previstas de forma taxativa, no rol dos artigos 61 e 62, que abaixo segue:

⁹⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. Op. cit., p. 154.

⁹⁶ DOTTI, René Ariel. Op. cit., p. 519.

Art. 61 - São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime:

I - a reincidência;

II - ter o agente cometido o crime:

a) por motivo fútil ou torpe;

b) para facilitar ou assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime;

c) à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação, ou outro recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido;

d) com emprego de veneno, fogo, explosivo, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que podia resultar perigo comum;

e) contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge;

f) com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, ou com violência contra a mulher na forma da lei específica;

g) com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão;

h) contra criança, maior de 60 (sessenta) anos, enfermo ou mulher grávida;

i) quando o ofendido estava sob a imediata proteção da autoridade;

j) em ocasião de incêndio, naufrágio, inundação ou qualquer calamidade pública, ou de desgraça particular do ofendido;

l) em estado de embriaguez preordenada.

Art. 62 - A pena será ainda agravada em relação ao agente que:

I - promove, ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes;

II - coage ou induz outrem à execução material do crime;

III - instiga ou determina a cometer o crime alguém sujeito à sua autoridade ou não-punível em virtude de condição ou qualidade pessoal;

IV - executa o crime, ou nele participa, mediante paga ou promessa de recompensa.

Apesar de não haver possibilidade de qualquer inclusão extensiva ao rol das agravantes, com as circunstâncias atenuantes isto não procede. O artigo 66 do Código Penal prevê expressamente que “a pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei”, o que faz concluir que o rol trazido pelo artigo que o antecede é meramente exemplificativo.

Ainda, assim como as circunstâncias judiciais, a análise das circunstâncias legais, na fixação da pena intermediária, também não poderá extrapolar os limites mínimo e máximo previstos para o tipo, consoante têm se posicionado os Tribunais Superiores, senão veja-se:

I – Não se admite a redução da pena abaixo do mínimo legal, ainda que havendo a incidência de atenuantes relativas à menoridade do agente e à confissão espontânea. (...). (STF, REsp 822831/RS).

(...). II – O reconhecimento da atenuante da confissão espontânea não tem o condão de reduzir a pena aquém do mínimo legal. Precedente: HC 70.883/SP. (...). (STF, HC 87263/MS).

Sendo a pena-base fixada no mínimo legal, o reconhecimento de circunstância atenuante não tem o condão de reduzir a pena *in concreto* a patamar aquém daquele limite mínimo, sob pena de se permitir, *a contrario sensu*, que as agravantes “que sempre agravam a pena”, possam elevar a pena acima do limite máximo, o que seria absurdo. (STJ, REsp 706539/RS).

Esse entendimento já foi inclusive pacificado pelo Superior Tribunal de Justiça, com a edição da súmula n.º 231, a qual tem a seguinte redação: “*A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal*”.

Cumprido destacar, ademais, que o julgador, na análise do caso concreto, poderá reconhecer inclusive de ofício a presença de uma circunstância agravante, mesmo que não tenha sido previamente alegada. Esta situação está positivada no artigo 385⁹⁷ do Código de Processo Penal.

Tal dispositivo, todavia, deve ser interpretado no sentido de que “o dispositivo legal que contém a agravante não precisa estar mencionado na denúncia, mas o fato que configura a agravante deverá estar descrito na narrativa⁹⁸”, afinal, “o acusado se defende dos fatos e não da tipificação legal que lhe é atribuída na peça vestibular acusatória⁹⁹”, exceto, é claro, a circunstância agravante da reincidência, cuja comprovação material será trazida aos autos no decorrer da instrução processual.

⁹⁷ Art. 385. Nos crimes de ação pública, o juiz poderá proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição, bem como reconhecer agravantes, embora nenhuma tenha sido alegada.

⁹⁸ SCHMITT, Ricardo Augusto. Op. cit., p. 151.

⁹⁹ Ibidem, p. 150.

Importante destacar que as circunstâncias atenuantes e agravantes não têm o mesmo peso na quantidade de pena a ser aumentada ou diminuída, devendo o juiz valer-se da norma de preponderância indicada no artigo 67 do Código Penal, que prevê serem preponderantes as circunstâncias de caráter subjetivo referentes aos motivos determinantes do crime, à personalidade do agente e à reincidência.

Ocorre que, assim como as circunstâncias judiciais, o legislador não trouxe qualquer parâmetro de valoração das circunstâncias atenuantes e agravantes, havendo quem decida agravar ou atenuar em um mês, seis meses, um ano, ou então em frações de 1/3 (um terço), 1/6 (um sexto), como ocorre nas causas especiais de aumento ou de diminuição.

Importante ressaltar, apenas, que em qualquer dos casos, o julgador deverá atentar sempre para os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, nos termos da seguinte ementa de julgado:

(...) para a estipulação do *quantum* do acréscimo pela circunstância agravante (ou atenuante), é imperioso a sua correlação com os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. (STJ, HC 33697/MS).

3.1.3 Terceira fase: pena definitiva

A terceira e última etapa de aplicação da pena é a ocasião em que deverão ser analisadas as causas especiais de aumento ou diminuição da pena, circunstâncias legais específicas que “obrigam o juiz a aplicar a elevação [ou

redução] da pena em quantidades estabelecidas pelo próprio legislador, na forma de cotas fixas ou variáveis¹⁰⁰”.

Elas se referem a determinadas “circunstâncias inerentes ao fato ou seu autor que assumem especial relevo para o fim de se reconhecer maior ou menor reprovabilidade da conduta¹⁰¹”.

Essas causas, também designadas de *majorantes* ou *minorantes*, tem a força de alterar o *quantum* penal inicialmente cominado no tipo fundamental ou qualificado¹⁰² e, diferentemente da primeira e da segunda fase, permitem a fixação da pena acima do máximo em abstrato previsto pelo legislador, como também se admite o estabelecimento da pena abaixo do mínimo¹⁰³. Nesse sentido tem entendido o e. Superior Tribunal de Justiça:

(...) Individualização da pena: causa especial de aumento ou diminuição. Ao contrário das atenuantes ou agravantes genéricas, que diminuem ou elevam a pena-base, nos limites da escala penal editalícia – as causas especiais de diminuição podem reduzi-la aquém do mínimo, assim como as causas especiais de aumento podem alçá-la acima do máximo cominado ao crime. (STJ, HC 85673/PA).

Estão previstas tanto na parte geral, quanto na parte especial do Código Penal, além das legislações extravagantes, sempre sob a forma de fração em patamares fixos ou em intervalos de valores predeterminados pelo legislador, que serão aplicados sobre a pena intermediária (segunda fase da dosimetria)¹⁰⁴.

¹⁰⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. Op. cit., p. 155.

¹⁰¹ DOTTI, René Ariel. Op. cit., p. 532.

¹⁰² Idem.

¹⁰³ “A possibilidade de romper o mínimo e o máximo da pena, abstratamente cominados pela lei, é consequência lógica, uma vez que foi também o legislador quem idealizou aumentos e diminuições em quantidades pré-estabelecidas, determinando ao juiz que os utilize, sempre que existentes no caso concreto, na terceira fase da aplicação da pena, ainda que permitam ultrapassar as fronteiras inicialmente previstas para a pena no preceito secundário do tipo penal incriminador”. (In NUCCI, Guilherme de Souza. Op. cit., p. 156).

¹⁰⁴ SCHMITT, Ricardo Augusto. Op. cit., p. 189-190.

Quando houver intervalo entre o mínimo e máximo de aumento ou de diminuição, a escolha do magistrado deverá ser sempre fundamentada, logo após o reconhecimento da causa, não havendo espaço para justificativas sobre o valor escolhido na parte dispositiva da sentença¹⁰⁵.

Finda a análise das causas especiais de aumento e de diminuição, não havendo concurso de crimes a ser analisado, tem-se a pena definitiva a ser aplicada ao sentenciado.

3.2 A OBRIGATORIEDADE DE FUNDAMENTAÇÃO NA FIXAÇÃO DA PENA

Além do princípio da individualização da pena, anteriormente abordado, a Constituição Federal estabeleceu, em seu artigo 93, inciso IX, o dever dos órgãos do Poder Judiciário no sentido de serem ‘fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade’. De acordo com Celso DELMANTO, “a fundamentação das decisões judiciais é essencial como meio de controle (buscando evitar o arbítrio) e, ao mesmo tempo, como meio de legitimação e reafirmação das decisões pelos seus fundamentos, que devem encontrar concretude na prova dos autos e respaldo em nosso ordenamento jurídico¹⁰⁶”.

Não só na Constituição Federal, mas também no Código de Processo Penal, está firmada a obrigatoriedade de fundamentação das decisões. Diz o último parágrafo do item XII da Exposição de Motivos do Código de Processo Penal:

¹⁰⁵ Ibidem, p. 190.

¹⁰⁶ DELMANTO, Celso *et al.* Op. cit., p. 272.

A sentença deve ser motivada. Com o sistema do relativo arbítrio judicial na aplicação da pena, consagrado pelo novo Código Penal, e 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. No caso de absolvição, a parte dispositiva da sentença deve conter, de modo preciso, a razão específica pela qual o réu é absolvido. É minudente o projeto, ao regular a motivação e o dispositivo da sentença.

Há, no entanto, um aspecto problemático, quando se fala em motivação da sentença penal condenatória, que é justamente o conflito entre os valores inerentes à legalidade e à certeza do direito, que recomendam a previsão legislativa das penas e dos critérios que devem guiar a sua aplicação, e a exigência de uma justa adequação da sanção penal ao fato concretamente praticado e à pessoa de seu autor, que implicam, inevitavelmente, a atribuição de certa dose de subjetivismo judicial na tarefa de encontrar a medida correta da pena para cada caso¹⁰⁷.

Apesar disso, deve o juiz justificar a opção realizada, dizendo, ainda que de forma resumida, *como e por que* a sanção foi fixada num certo quantum, e assim por diante, afinal “o acusado tem não apenas o direito de saber por que é punido, mas também o direito de saber por que recebe esta pena¹⁰⁸”.

Essa exigência de motivação na individualização da pena, outrossim, “não se satisfaz com a existência na sentença de frases ou palavras quaisquer, a pretexto de cumpri-la¹⁰⁹”. Ricardo Augusto SCHMITT ensina que a fundamentação deverá “explicitar a sua base empírica e essa, de sua vez, há de guardar relação de pertinência, adequada com a da exasperação da sanção penal, que visou justificar¹¹⁰”.

¹⁰⁷ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 210.

¹⁰⁸ FRAGOSO, Heleno Cláudio. A motivação da sentença na aplicação da pena. *RF*, 227:16, 1969 *apud* *Ibidem*, p. 212.

¹⁰⁹ SCHMITT, Ricardo Augusto. *Op. cit.*, p. 110.

¹¹⁰ *Idem*.

Para tal fim, não basta a simples referência a texto genérico de lei, ou a fatos vagos e imprecisos¹¹¹. Consoante entendimento jurisprudencial:

A pena deve ser fixada com fundamentação concreta e vinculada, tal como exige o próprio princípio do livre convencimento fundamentado (arts. 157, 381 e 387 do CPP c/c art. 93, IX, segunda parte, da CF). Ela não pode ser estabelecida acima do mínimo legal com supedâneo em referências vagas e dados não explicitados (Precedentes do STF e STJ). (...). (STJ, REsp 952975/AC).

Especificamente no que diz respeito à análise das circunstâncias judiciais na fixação da pena-base, não restam dúvidas de que elas deverão ser sopesadas uma a uma, com base em elementos concretos trazidos aos autos do processo criminal, sendo necessária a fundamentação de todas elas¹¹², como exige o próprio princípio do convencimento motivado.

Em razão disso, não se admite a elevação da pena de seu mínimo com base em considerações genéricas e/ou abstratas, não obstante se reconheça que há certa discricionariedade na dosimetria da pena.

É defeso ao Magistrado, portanto, simplesmente apontar as circunstâncias judiciais como desfavoráveis ou favoráveis, ainda que tenha sido mantida a pena-base no mínimo legal, afinal, a Constituição Federal garante que *todas* as decisões do Poder Judiciário devem ser motivadas, sendo indispensável que haja a devida justificação para a eleição do *quantum* no mínimo legal¹¹³.

Isso garante que o órgão acusatório, caso inconformado, possa interpor recurso cabível contrariando os argumentos utilizados na sentença, afinal

¹¹¹ Nesse sentido: ALMEIDA, José Eulálio Figueiredo de. **Sentença penal**: doutrina, jurisprudência e prática. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 59-60.

¹¹² SCHMITT, Ricardo Augusto. Op. cit., p. 111.

¹¹³ NUCCI, Guilherme de Souza. Op. cit., p. 163-164.

(...) Se não há fundamentação, deve o promotor contra-argumentar em cima da mera probabilidade de que o juiz entendeu favoráveis todos os elementos constantes do art. 59. E se, ao invés disso, o magistrado nem mesmo levou em conta o que lá está inserido, facilitando seu próprio trabalho, bem como ignorando o dever de fixar a pena distante de seu capricho ou sentimento pessoal? Tergiversa-se na aplicação da pena ao sustentar a *presunção* de consideração favorável das circunstâncias judiciais quando nem mesmo uma palavra menciona o juiz na sentença a esse respeito¹¹⁴.

As circunstâncias judiciais devem, portanto, ser analisadas uma a uma, valoradas, conforme o caso, sempre em decisão fundamentada, uma vez que, nas palavras de Ricardo Augusto SCHMITT, “assiste direito ao réu, bem como ao órgão acusador, em conhecer todos os passos dados em tal operação, como forma de propiciar a interposição de eventual recurso por quaisquer das partes, seja para aumentar ou para diminuir a reprimenda inicial fixada¹¹⁵”.

No mesmo sentido, Yvana Savedra de Andrade BARREIROS defende a necessidade de haver uma adequada fundamentação em razão do “eventual inconformismo das partes em relação à decisão proferida, já que, optando pela possibilidade de reformá-la ou cassá-la, é com base na motivação da sentença que exercitarão os seus direitos de recurso¹¹⁶”.

¹¹⁴ Idem.

¹¹⁵ SCHMITT, Ricardo Augusto. Op. cit., p. 116.

¹¹⁶ BARREIROS, Yvana Savedra de Andrade. **As circunstâncias judiciais e a fixação da pena-base**. Disponível em: <<http://br.monografias.com/trabalhos909/pena-base/pena-base.shtml>>. Acesso em: 12 out. 2010.

4 FIXAÇÃO DA PENA-BASE

A pena-base é “a primeira escolha do juiz no processo de fixação da pena¹¹⁷”, na qual se elegerá o “*quantum* inicial, a ser extraído da faixa variável entre o mínimo e o máximo abstratamente previstos no tipo penal incriminador”, calcada nas circunstâncias judiciais expressamente indicadas no artigo 59 do Código Penal¹¹⁸.

No mesmo sentido, Juarez Cirino DOS SANTOS define a pena-base como produto de operacionalização das circunstâncias judiciais, representando, por conta disso, o ponto de partida do processo de aplicação da pena criminal¹¹⁹.

Segundo René Ariel DOTTI

É através do levantamento histórico do fato típico, com todas as suas circunstâncias, e da investigação dos dados sobre os antecedentes, conduta social, caráter e personalidade do agente, bem como os motivos, e as consequências do crime, e o comportamento da vítima, que o Poder Judiciário cumpre uma de suas mais dignificantes missões de segurança individual e coletiva e cumpre o antigo e sempre renovado brocardo: dar a cada um o que é seu¹²⁰.

Na mesma linha de entendimento, Celso DELMANTO define que

Ao se analisarem as condições pessoais do condenado, os seus antecedentes, a sua personalidade e conduta social, é imprescindível que se leve em consideração seu grau de instrução, condição social, vida familiar e pregressa, bem como sua cultura e meio em que vive. Isto porque, o que se julga em um processo é, sobretudo, o homem acusado da prática de um ilícito penal e não um fato descrito isoladamente na denúncia ou queixa, de forma fria e técnica, o qual, por vezes, retrata um episódio único e infeliz em meio a toda uma vida pautada pelo respeito ao próximo¹²¹.

¹¹⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. Op. cit., p. 163.

¹¹⁸ Idem.

¹¹⁹ DOS SANTOS, Juarez Cirino. Op. cit., p. 557.

¹²⁰ DOTTI, René Ariel. Prefácio. In CARVALHO NETO, Inácio de. Op. cit., p. XIII.

¹²¹ DELMANTO, Celso *et al.* Op. cit., p. 273.

O cálculo da pena-base, destarte, está diretamente ligado a análise das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, que serão consideradas pelo juiz como pressuposto para que profira uma decisão justa e fundamentada, tratando igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, de modo a garantir uma reprimenda proporcionalmente necessária e suficiente à reprovação do crime¹²².

Conforme esclarecido no item 3.1.1 desse trabalho, a pena-base deverá ser fixada a partir do mínimo em abstrato previsto ao tipo, ou seja, “em havendo circunstâncias judiciais reconhecidamente *desfavoráveis ao agente*, deve a pena começar a se afastar do mínimo, caso contrário, deve permanecer naquele patamar¹²³”. Não há, portanto, qualquer obrigatoriedade de fixação da pena-base acima do mínimo legal, caso inexistam circunstâncias judiciais desfavoráveis.

Estabelecida, portanto, de acordo com os critérios do artigo 59 do Código Penal, bem como do artigo 387, incisos I a III do Código de Processo Penal, ela serve de apoio para a fixação da pena nas etapas seguintes, nas quais se avaliarão as circunstâncias atenuantes e agravantes e as causas especiais de aumento e diminuição da pena¹²⁴.

4.1 ANÁLISE DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS

4.1.1 Conceito

¹²² SCHMITT, Ricardo Augusto. Op. cit., p. 109-110.

¹²³ Ibidem, p. 113.

¹²⁴ DOTTEI, René Ariel. Op. cit., p. 513-514.

Para que o Juiz, na primeira fase da dosimetria, possa delinear a pena-base a ser aplicada no caso concreto, deve partir da análise das oito circunstâncias judiciais inseridas taxativamente no artigo 59 do Código Penal, quais sejam: culpabilidade; antecedentes; conduta social; personalidade do agente; motivos do crime; circunstâncias do crime; consequências do crime; e comportamento da vítima, sem qualquer ordem de preponderância ou regras de compensação entre elas.

Essas circunstâncias surgem da análise do juiz acerca de elementos pertencentes ao agente (culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade e motivos) e, também, ao fato (circunstâncias e consequências do crime) e à vítima (comportamento da vítima)¹²⁵. Estes elementos, por sua vez, constituem “particularidades que envolvem a figura básica de um delito qualquer, sem que possam ser consideradas integrantes da tipicidade derivada ou circunstâncias legais genéricas de aumento ou diminuição (agravantes/atenuantes)¹²⁶”.

Para Luiz Regis Prado, elas são, em verdade, “fatores legais de medição da pena [...] que nortearão a individualização judicial da pena, com vistas à fixação da pena-base¹²⁷”, auxiliando o juiz na escolha da modalidade e quantidade de sanção cabível, segundo o que lhe parecer necessário e suficiente para atender aos fins da pena¹²⁸.

Em razão disso, Celso DELMANTO as conceitua como “dados ou fatos (subjetivos ou objetivos) que estão ao redor do crime, mas cuja ausência não exclui o tipo penal, pois não lhe são essenciais, embora interfiram na pena¹²⁹”. E continua:

¹²⁵ DOS SANTOS, Juarez Cirino. Op. cit., p. 558.

¹²⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. Op. cit., p. 152.

¹²⁷ PRADO. Luiz Regis. Op. cit., p. 485.

¹²⁸ MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. Op. cit., p. 282.

¹²⁹ DELMANTO, Celso *et al.* Op. cit., p. 273.

Tais circunstâncias formam um verdadeiro *conjunto*, devendo-se apreciar *todas elas*, em relação a *cada acusado*. São muito importantes as circunstâncias judiciais, pois é por meio delas que o juiz encontrará a pena-base, bem como se norteará nas demais fases da fixação da pena (incisos I a IV desse art. 59). Por isso mesmo, a decisão do juiz deve ser *fundamentada* (CR, art. 93, IX), sendo-lhe defeso aplicar a pena-base arbitrariamente (ou com remissões genéricas e abstratas). Também não pode, *sem o devido esclarecimento de suas razões de decidir*, optar por pena alternativa mais severa, fixá-la acima do limite mínimo, optar por regime inicial pior do que o permitido, ou negar a substituição da pena, quando cabível¹³⁰.

A função das circunstâncias judiciais é, portanto, pautar o cálculo da pena-base na primeira fase do método trifásico, após serem apreciadas pelo juiz, através do exercício de seu poder discricionário, pactuado, sempre, com uma motivação idônea e dentro dos parâmetros mínimos e máximos previamente determinados pelo legislador¹³¹. Nesse sentido já se manifestou o e. Superior Tribunal de Justiça:

Não obstante a existência de certa discricionariedade na dosimetria da pena, relativamente à exasperação da pena-base, é indispensável a sua fundamentação com base em dados concretos e em eventuais circunstâncias desfavoráveis do art. 59 do Código Penal. (...). (STJ, RHC 19390/SP).

Não pode o Magistrado sentenciante majorar a pena-base fundamentando-se, tão somente, em referências vagas, sem a indicação de qualquer circunstância concreta que justifique o aumento, além das próprias elementares comuns ao tipo. (...). (STJ, HC 60524/PR).

No mesmo sentido é o entendimento de Mário Helton Jorge, Desembargador no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, que no julgamento da Apelação Criminal n.º 462.564-3, manifestou-se assim:

Sopesando cada uma delas [circunstâncias judiciais], o juiz, partindo do mínimo cominado em abstrato pelo tipo penal, terá condições de calcular a pena-base, a qual ficará entre o mínimo e o máximo cominado no tipo, de acordo com o número de circunstâncias judiciais consideradas desfavoráveis ao sentenciado e com o *quantum* de distanciamento

¹³⁰ Idem.

¹³¹ SCHMITT, Ricardo Augusto. Op. cit., p. 110.

correspondente a cada uma dessas. Essa tarefa, de dosagem da pena-base aplicável à conduta delitiva, submete-se ao poder discricionário do julgador, após sopesar as circunstâncias judiciais desfavoráveis¹³².

4.1.2 Espécies de circunstâncias judiciais

4.1.2.1 Culpabilidade

Com a Reforma Penal realizada pela Lei n.º 7.209 de 1984, as expressões “intensidade do dolo” e “grau de culpa”, utilizadas no artigo 42¹³³ do Código Penal de 1940, foram substituídas pelo conceito de “culpabilidade”, sem afastar, porém, a consideração do elemento subjetivo do delito na fixação da pena.

Essa substituição é encarada de forma positiva por Guilherme de Souza Nucci, afinal, o dolo e culpa, segundo o autor, são verificados na fase de análise da tipicidade, estabelecendo-se se o crime foi cometido com dolo direto, eventual ou culpa, pouco importando se o dolo foi “intenso” ou se a culpa foi “grave”. Quando se

¹³² BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Primeira Câmara Criminal. Ementa: DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL - APELAÇÃO - CONDENAÇÃO - HOMICÍDIO SIMPLES E TENTATIVA DE HOMICÍDIO SIMPLES - DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS - LEGÍTIMA DEFESA E HOMICÍDIO PRIVILEGIADO NÃO CONFIGURADOS - DECISÃO DO CONSELHO DE SENTENÇA QUE ENCONTRA RESPALDO NO MATERIAL PROBATÓRIO - EXACERBAÇÃO NA FIXAÇÃO DA PENA - CONFIGURAÇÃO - TENTATIVA DE HOMICÍDIO - DUAS CIRCUNSTÂNCIAS ATENUANTES - REDUÇÃO DA REPRIMENDA - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. Somente a decisão em manifesto confronto com os elementos probatórios, totalmente divorciada da reconstituição fática trazida aos autos, é que pode ensejar a nulidade do julgamento, não aquela em que há a adoção, pelos jurados, da versão que lhes pareceu mais convincente. 2. Reconhecidas pelo Conselho de Sentença as atenuantes da pena decorrente da confissão espontânea e a inominada com relação ao crime de tentativa de homicídio, devem ser consideradas, quando da fixação da pena, na segunda fase. **Acórdão em Apelação Criminal n.º 462.564-3**. Relator: Juiz Substituto em Segundo Grau Mário Helton Jorge. DJ, 07 ago. 2008. Disponível em: <www.tj.pr.gov.br>. Acesso em: 06 ago. 2010.

¹³³ Art. 42. Compete ao juiz, atendendo aos antecedentes e à personalidade do agente, à intensidade do dolo ou grau da culpa, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime: I – determinar a pena aplicável, dentre as cominadas alternativamente; II – fixar, dentro dos limites legais, a quantidade da pena aplicável.

está na fase de aplicação da pena, entretanto, não se analisa a culpabilidade no sentido de elemento subjetivo do crime, mas sim de reprovabilidade gerada pelo fato delituoso¹³⁴.

Considerada, portanto, como a medida da pena¹³⁵, ela é tida como fator essencial para a fixação da pena¹³⁶, pois serve para a graduação da censura que se faz sobre a conduta do agente, incidindo, portanto, na quantidade da pena que lhe será aplicada. Nos crimes dolosos será pautada pela vontade reprovável do agente, enquanto nos crimes culposos, pela maior ou menor violação do cuidado objetivo¹³⁷.

Ao analisar a circunstância da culpabilidade, deverá o Magistrado aferir o grau de reprovabilidade do agente em razão do delito praticado, “não só em razão de suas condições pessoais, como também em vista da situação de fato em que ocorreu a indigitada prática delituosa, sempre levando em conta a conduta que era exigível do agente, ou na situação em que o fato ocorreu¹³⁸”. Logo, “quanto mais reprovável a conduta, maior será a pena na primeira etapa da dosimetria, ao tempo em que quanto menos reprovável a conduta, a pena se aproximará do mínimo legal previsto em abstrato para o tipo¹³⁹”.

Para Juliana de Andrade COLLE, “a graduação da reprovação da conduta sancionada pode aferir-se a partir de dois dos elementos da culpabilidade: o potencial conhecimento da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa¹⁴⁰”. Exclui-se nesta fase, entretanto, a análise do grau de imputabilidade, pois, conforme explica a autora, quando reduzido, implicará a incidência da causa de diminuição da pena do

¹³⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. Op. cit., p. 173-174.

¹³⁵ FERREIRA, Gilberto. Op. cit., p. 71.

¹³⁶ CARVALHO NETO, Inácio de Op. cit., p. 33.

¹³⁷ TRISTÃO, Adalto Dias. **Sentença criminal**: prática de aplicação da pena e medida de segurança. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 71.

¹³⁸ DELMANTO, Celso *et al.* Op. cit., p. 273.

¹³⁹ SCHMITT, Ricardo Augusto. Op. cit., p. 88.

¹⁴⁰ COLLE, Juliana de Andrade. **Critérios para a valoração das circunstâncias judiciais (art. 59, do CP) na dosimetria da pena.** Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6232&p=2>>. Acesso em: 12 out. 2010.

artigo 26, parágrafo único¹⁴¹, do Código Penal, a ser aplicada apenas na terceira fase da dosimetria¹⁴².

O mesmo ocorre quando se está diante de uma situação em que o agente se vê prejudicado por um erro de proibição evitável, conforme prevê o artigo 21, parte final¹⁴³, do Código Penal, por constituir causa de diminuição¹⁴⁴.

Para a autora, o melhor critério de exame da intensidade de reprovação do crime, na valoração da culpabilidade, consiste em verificar o “maior ou menor grau de exigibilidade de outra conduta, considerando, neste tocante, as características pessoais do agente dentro do exato contexto de circunstâncias fáticas em que o crime ocorreu¹⁴⁵”, de modo que “quanto mais exigível a conduta diversa, maior é a reprovação do agir do sentenciado¹⁴⁶”.

Nos dizeres de Guilherme de Souza NUCCI,

a medida da culpabilidade implica em um juízo de valoração objetivo-subjetivo, ou seja, ainda que calcado em elementos palpáveis, constantes dos autos, não deixa de resultar da apreciação pessoal do julgador, conforme sua sensibilidade, experiência de vida, conhecimento e cultura, bem como intuição, que também integra o processo de conhecimento e descoberta de dados na avaliação da prova¹⁴⁷.

Para esse propósito, é necessário não só conhecer de sociologia jurídica, mas também de psicologia, possibilitando aquele que aplicará a pena, compreender as razões pelas quais determinada pessoa cometeu um crime para que possa bem

¹⁴¹ Art. 26. (...). Parágrafo único - A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

¹⁴² COLLE, Juliana de Andrade. Op. cit.

¹⁴³ Art. 21. O desconhecimento da lei é inescusável. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço.

¹⁴⁴ COLLE, Juliana de Andrade. Op. cit.

¹⁴⁵ Idem.

¹⁴⁶ Idem.

¹⁴⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. Op. cit., p. 173.

valorar sua conduta¹⁴⁸, afinal, conforme ensina Emílio MIRA Y LOPEZ, Professor de Psiquiatria da Universidade de Barcelona, Espanha:

Dois delitos aparentemente iguais e determinados pelas mesmas circunstâncias podem, todavia, ter um significado inteiramente distinto e devem, por conseguinte, ser julgados e penalizados de um modo absolutamente diferente. [...]. A sanção não deve ser uma vingança que a sociedade adota contra o indivíduo que a ofendeu, mas sim um recurso mediante o qual aquela busca conseguir que este recobre ulteriormente a normalidade de sua conduta. [...]. Para o psicólogo [...] o delito é um episódio incidental; para o jurista é, na maioria dos casos, o tema central de sua atuação. [...]. O futuro de um delinquente está menos condicionado à qualificação que o seu delito encontre no Código, do que pela ação que os acontecimentos provocados pela intervenção criminológica exercem em sua consciência moral. Considerando o delito sob o ponto de vista psicológico, chegamos à conclusão de que o seu cometimento representa uma consequência absolutamente lógica e fatal do conflito de forças e fatores que o determinam¹⁴⁹.

Na análise da culpabilidade podem ser valoradas questões como a frieza do agente ou a premeditação do crime, que, por si só, revelam uma intensidade muito maior no dolo e conduzem a uma análise da consciência ou do potencial conhecimento do ilícito e, em especial, da exigibilidade de conduta diversa¹⁵⁰. Enfim, deve-se buscar “diferenciar situações que se mostrem efetivamente antagônicas no plano fático¹⁵¹”, como meio de se atingir o justo grau de censura aplicável ao autor do crime.

Não basta, portanto, mera referência vaga, sem a indicação de elementos que justifiquem o aumento da pena. Esse entendimento já está sedimentado perante o e. Superior Tribunal de Justiça, como se pode notar pelas seguintes ementas de julgado:

¹⁴⁸ DELMANTO, Celso *et al.* Op. cit., p. 273-274.

¹⁴⁹ MIRA Y LOPEZ, Emílio. Manual de psicologia jurídica. 2. ed. Buenos Aires: El Atheneo, 1945. p. 117-118 *apud* Ibidem, p. 274.

¹⁵⁰ MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N Op. cit., p. 282.

¹⁵¹ SCHMITT, Ricardo Augusto. Op. cit., p. 89.

(...) Não pode o magistrado sentenciante majorar a pena-base fundando-se, tão-somente, em referências vagas, sem a indicação de qualquer circunstância concreta que justifique o aumento, além das próprias elementares comuns ao tipo. (...). (STJ, HC 50466/RJ).

Não tendo o juiz sentenciante demonstrado, de forma concreta, as razões pelas quais considerou desfavoráveis aos pacientes as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP e tendo se utilizado de referências genéricas e de elementares do tipo para elevar a sanção, de rigor a fixação da pena-base no mínimo legalmente previsto. (...). (STJ, HC 121631/MS).

Da mesma forma, não se devem valorar fatos que façam parte integrante do próprio tipo. Em razão disso, Ricardo Augusto SCHMITT defende que não poderão ser consideradas na aplicação da pena:

a) a ciência da ilicitude do fato, afirmada para compor o elemento subjetivo do tipo; b) a qualidade de funcionário em crimes funcionais; c) a ciência da falsidade dos documentos em crime de uso de documento falso; d) a corrupção de servidor público, a fiscalização forjada e a omissão de prática de ato de ofício em crime de corrupção passiva e ativa; e) a função pública exercida pelo agente em crime de facilitação de contrabando ou descaminho; f) a ofensa à moralidade pública em crime próprio de prefeito etc.¹⁵².

Assim, a culpabilidade será *normal* ou *adequada* sempre que “o fato não tiver peculiaridades quanto ao grau de consciência da ilicitude e possibilidade de agir de outro modo¹⁵³”; *mitigada* ou *mínima* “quando o agente ostentar baixo grau de consciência da ilicitude¹⁵⁴”; e *exacerbada* ou *censurável* pelo “alto grau de escolaridade ou condição social do agente, ou quando o acusado, por suas condições pessoais, tem alto domínio sobre as implicações decorrentes do crime¹⁵⁵”.

A título meramente exemplificativo, apontam-se algumas simples sugestões de fundamentação:

- Culpabilidade normal a espécie, nada tendo a se valorar.

¹⁵² Idem.

¹⁵³ Idem.

¹⁵⁴ Idem.

¹⁵⁵ Idem.

- O acusado não agiu com dolo que ultrapasse os limites da norma penal, o que torna sua conduta inserida no próprio tipo.
- Culpabilidade reprovável, tendo em vista que o réu agiu com premeditação e frieza, sendo sua conduta merecedora de elevada censura.
- A conduta do réu se demonstrou altamente reprovável, em vista de seu modo consciente e agressivo de agir.

4.1.2.2 Antecedentes

A análise dos antecedentes remete à vida do réu anterior ao crime. Serve, especialmente, para se verificar se o crime foi um episódio esporádico na vida do agente ou se ele é habituado à prática de delitos, apurando-se, para este fim, “se já foi envolvido em outros fatos delituosos, se é criminoso habitual, ou se sua vida anterior é isenta de ocorrências ilícitas, sendo o delito apenas um incidente esporádico¹⁵⁶”.

Alguns autores, como Inácio de CARVALHO NETO, Sérgio de Andréa FERREIRA, Gilberto FERREIRA e Paulo José da COSTA JÚNIOR, entendem que para efeitos de antecedentes, devem ser considerados todos os fatos que acontecerem na vida do réu anteriores ao crime, inclusive o fato de já ter estado preso, de ter sido indiciado, bem como a constatação de processos paralisados em virtude de extinção da punibilidade, inquéritos arquivados, processos em curso, absolvições por falta de provas, procedimentos processuais respondidos perante a Vara de Adolescentes Infratores, infrações disciplinares e fiscais, envolvimento em falências fraudulentas, entre outros.

Gilberto FERREIRA acredita que o fato de se considerar, por exemplo, processos que ainda não transitaram em julgado, como maus antecedentes, não

¹⁵⁶ MIRABETE, Júlio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. Op. cit., p. 283.

representa ofensa ao princípio constitucional da inocência, garantido pela Constituição Federal, no seu artigo 5.º, inciso LVII, segundo o qual “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”.

Segundo o autor, deve o juiz considerar “tão só o comportamento do agente para apurar a sua propensão ao crime, a sua probabilidade de delinquir, independentemente de ele ser culpado ou não¹⁵⁷”.

Contudo, o moderno posicionamento da doutrina majoritária e da jurisprudência é contrário. Atualmente, prevalece o entendimento de que, em razão do princípio da presunção de inocência¹⁵⁸, não se admitem processos ou inquéritos em andamento para o fim de se configurar maus antecedentes. O mesmo se diz em relação aos processos com absolvição ou inquéritos arquivados.

Esse entendimento já foi inclusive sumulado pelo e. Superior Tribunal de Justiça, senão veja-se:

Súmula 444 - É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base.

Além destas hipóteses, Celso DELMANTO elenca algumas hipóteses cuja análise é essencial na avaliação dos antecedentes do sentenciado:

Processos com prescrição: tratando-se da extinção da punibilidade em razão da prescrição da “pretensão punitiva”, não devem ser considerados contra o agente.

¹⁵⁷ FERREIRA, Gilberto. Op. cit., p. 84-85.

¹⁵⁸ Presunção de inocência: **artigo 5.º, inciso LVII da Constituição Federal** (“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”); **artigo 14, 2, do Pacto internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos** (“qualquer pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma a sua inocência até que se prove a sua culpa conforme a lei”); **artigo 8.º, 2, primeira parte, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos** (“toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa”).

Fatos posteriores ao crime: a conduta posterior ao crime, sem ligação com este, é estranha ao fato que está sendo julgado e não pode, por isso, ser nele considerada.

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

Durante a menoridade: reputamos inadmissível considerar, contra o agente, fatos ocorridos anteriormente à sua maioridade penal.

Composição civil e transação penal: a Lei n.º 9.099, de 16.9.95, que criou os Juizados Especiais Criminais Estaduais, instituiu, entre nós, a composição civil e a transação penal para as infrações de menor potencial ofensivo. A composição homologada importa renúncia ao direito de queixa ou de representação e, evidentemente, não tem o condão de gerar maus antecedentes. Quanto à transação penal, aceita a proposta pelo acusado, a pena imposta não importará em reincidência, nem constará de certidão de antecedentes criminais (art. 76, §§ 4.º e 6.º), não constituindo, igualmente, mau antecedente [...].

Suspensão condicional do processo: este instituto, igualmente criado pela Lei n.º 9.099/95, prevê a suspensão condicional do processo, por dois a quatro anos, para os crimes em que a pena mínima cominada seja igual ou inferior a um ano, uma vez preenchidos os requisitos previstos em seu art. 89, *caput* e §§ 1.º e 2.º. Proposta pela acusação, ao oferecer a denúncia ou queixa, e aceita pelo acusado, o processo suspenso não deverá ser considerado como mau antecedente, ainda que não expirado o período de prova. Aliás, se em face da garantia da presunção de inocência não se aceita que processos em andamento ou condenações não passadas em julgado venham a constituir maus antecedentes, seria *ilógico* considerar como tais processos suspensos.

Processos suspensos em face do art. 366 do CPP: pelas mesmas razões, não pode gerar maus antecedentes o fato do acusado possuir, em seu histórico, um processo penal suspenso em razão de não haver sido localizado e, uma vez citado por edital, não ter comparecido e tampouco constituído defensor¹⁵⁹.

Cumprido acrescentar ao presente rol, a sentença concessiva do perdão judicial, o que é lógico diante do que dispõem a Súmula n.º 18¹⁶⁰ do e. Supremo Tribunal Federal e o artigo 120¹⁶¹ do Código Penal.

¹⁵⁹ DELMANTO, Celso *et al.* Op. cit., p. 274-275.

¹⁶⁰ “A sentença concessiva do perdão judicial é declaratória da extinção da punibilidade, não subsistindo qualquer efeito condenatório”.

¹⁶¹ “A sentença que conceder perdão judicial não será considerada para efeitos de reincidência”.

Celso DELMANTO conclui, portanto, apresentando aquela que entende ser a única hipótese que pode ser considerada como mau antecedente, em face da garantia constitucional da presunção de inocência: “é a condenação por fato anterior, transitada em julgado após o novo fato”, pois, “não gera reincidência, sendo o acusado, como se costuma dizer de forma imprópria, ‘tecnicamente primário’¹⁶²”.

Guilherme de Souza NUCCI defende o mesmo posicionamento, contudo, apresenta fundamento diverso, embasado no fato de que se aparta a conduta social do agente do contexto dos antecedentes. Ou seja, antes da Reforma de 1984, os antecedentes do réu abrangiam todo seu passado, inclusive no âmbito familiar, do trabalho, examinando-se o seu meio de sustento e sua dedicação a tarefas honestas¹⁶³. Essa realidade, porém, não prosperou em razão da “dissolução entre os elementos apontados como relativos aos antecedentes e aqueles que constituiriam o quadro da conduta social¹⁶⁴”.

A melhor solução, segundo o autor, é de considerarem-se antecedentes apenas as anotações na folha de antecedentes, com comprovação de condenação definitiva, que já não caracterize reincidência ou que possa com esta conviver¹⁶⁵.

Ricardo Augusto SCHMITT encerra o assunto definindo como antecedentes os “fatos ilícitos anteriores ocorridos na vida do agente capaz, que *já mereceram a chancela definitiva condenatória do Poder Judiciário*¹⁶⁶”.

¹⁶² DELMANTO, Celso *et al.* Op. cit., p. 274.

¹⁶³ Nesse sentido pondera Luiz Vicente Cernicchiaro: “O julgador, porque fato, não pode deixar de conhecer e considerar outros processos findos ou em curso, como antecedentes, partes da história do réu. Urge integrar a conduta ao *modus vivendi* anterior. Extrair a conclusão coerente com o modo-de-ser do acusado. Evidentemente com a necessária fundamentação para que se conheça que não ponderou como precedente o que é só antecedente penal”. (*In* CERNICCHIARO, Luiz Vicente; COSTA JÚNIOR, Paulo José. Direito penal na constituição. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 116 *apud* NUCCI, Guilherme de Souza. Op. cit., p. 180).

¹⁶⁴ *Ibidem*, p. 179.

¹⁶⁵ *Ibidem*, p. 181.

¹⁶⁶ SCHMITT, Ricardo Augusto. Op. cit., p. 93.

Posto isso, tem-se verificado uma maior preocupação com os delitos praticados de forma reiterada por determinado agente, eis que demonstra que a punição anterior não foi suficiente para reprová-lo e prevenir a prática de novos crimes. Diante disso, caso os antecedentes se revelem desfavoráveis ao réu, a pena-base não permanecerá no mínimo legal em abstrato.

Cumpra-se maior ênfase aos casos em que o sentenciante está na condição de reincidente, no momento de análise dos seus antecedentes. O Código de Normas da Egrégia Corregedoria-Geral da Justiça do Estado do Paraná, alerta para esta distinção, *verbis*: "A reincidência não deve ser considerada na análise dos antecedentes do condenado na fase de individualização da pena, mas tão-somente como agravante"¹⁶⁷.

Para esse efeito, Juliana de Andrade COLLE ensina que

Será reincidente aquele que, na data em que praticou o crime que se está julgando, já possuía condenação definitiva (transitada em julgado) por outro crime anterior (art. 63, do CP). Todos aqueles em situação diversa desta podem ser considerados não reincidentes. Também serão não reincidentes aqueles que possuírem, na data do delito, condenação definitiva por crime militar próprio ou político (art. 64, II, do CP) e aqueles em que decorreu lapso de tempo superior a cinco anos entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração que se está julgando (em razão do período quinquenal depurador da reincidência - art. 64, I, do CP)¹⁶⁸.

Considerando, portanto, a proibição do *bis in idem*, não poderá um mesmo fato ser valorado como antecedente e reincidência (circunstância agravante do artigo 61, inciso I do Código Penal). Inclusive o e. Superior Tribunal de Justiça já sumulou sobre o assunto, definindo quê:

Súmula 241 - A reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial.

¹⁶⁷ BRASIL. Corregedoria-Geral da Justiça. Estado do Paraná. **Código de Normas**. Item n.º 6.12.6.2.

¹⁶⁸ COLLE, Juliana de Andrade. Op. cit.

Quando for o caso, portanto, de se estar diante de pelo menos duas condenações definitivas anteriores, decorrentes de fatos ilícitos diversos, julgados em processos distintos, Ricardo Augusto SCHMITT sustenta a possibilidade de que uma delas seja valorada na fase de análise da circunstância judicial relativa aos antecedentes, enquanto a outra servirá para validar o reconhecimento da reincidência¹⁶⁹.

Nesse sentido:

(...) É pacífico o entendimento desta Corte de que, existindo mais de uma condenação anterior com trânsito em julgado, uma pode ser apreciada na fase do art. 59, do CP, para caracterizar os maus antecedentes do réu, e a outra figurar como agravante genérica prevista no art. 61, I, do CP, na segunda fase da dosimetria da pena, sem que tal configure *bis in idem* (...). (STJ, HC 83965/RJ).

(...) IV. Se o juiz aponta elementos diversos para a caracterização dos antecedentes dos réus e para caracterizar a reincidência, não resta evidenciada a dupla valoração das mesmas circunstâncias para efeito de antecedentes e circunstância agravante. (...). (STJ, Resp 702844/RS).

Da mesma forma, sugerem-se algumas opções de fundamentação quanto aos antecedentes do acusado:

- O réu é possuidor de bons antecedentes, pois inexistem registros anteriores de qualquer condenação transitada em julgado por fato delituoso.
- O réu é possuidor de bons antecedentes, a par do princípio constitucional esculpido no artigo 5.º, inciso LVII, da Constituição Federal, não podendo inquéritos policiais e processos criminais em andamento ser valorados para desabonar essa circunstância.
- O réu é possuidor de maus antecedentes, em vista da certidão cartorária de fl., que noticia a existência de prévia condenação definitiva.
- O réu registra maus antecedentes, em razão da existência de condenação penal anterior transitada em julgado, contudo, tendo em vista que tal circunstância implica também em reincidência, deixo de valorá-la, reservando sua aplicação para a segunda fase de dosimetria da pena, em observância à Súmula 241 do STJ.

¹⁶⁹ SCHMITT, Ricardo Augusto. Op. cit., p. 157.

4.1.2.3 Conduta social

Quando se fala em conduta social do agente, o que se está querendo por em análise é o seu comportamento no meio social, familiar e profissional, sem se confundir com os antecedentes e a reincidência, pois não se refere a fatos criminosos¹⁷⁰.

Inácio de CARVALHO NETO, citando Paulo José da COSTA JÚNIOR, aponta para a precisa definição de conduta social, qual seja:

Por conduta social deverá entender-se o papel que o acusado teve, em sua vida pregressa, na comunidade em que se houver integrado. Se foi um homem voltado ao trabalho, probo, caridoso, ou se ao revés transcorreu os seus dias ociosamente, ou exercendo atividades parasitárias ou antissociais. Será igualmente considerado o comportamento do agente no seio da família, o modo pelo qual desempenhou-se como pai e como marido ou companheiro. Será igualmente considerada sua conduta no ambiente de trabalho, de lazer ou escolar. Se se mostrava o agente sociável, cordial, educado, prestativo, ou introvertido, ríspido, egocêntrico, egoísta, agressivo para com seus colegas de trabalho, ou de escola, ou para com seus companheiros de clube¹⁷¹.

Segundo Guilherme de Souza NUCCI, ao analisar-se a conduta social do réu, o que se está verificando é seu papel na comunidade, quer seja no âmbito da família, do trabalho, da escola, da vizinhança¹⁷², dentre outros, para que se possa determinar a justa medida da reprovação que seu ato delituoso possa merecer¹⁷³.

De igual forma, Celso DELMANTO explica que a conduta social do agente abrange seu comportamento nos meios em que vive, tanto no trabalho como na vida

¹⁷⁰ Ibidem, p. 99.

¹⁷¹ COSTA JÚNIOR, Paulo José. Comentários ao código penal. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 199 *apud* CARVALHO NETO, Inácio de. Op. cit., p.51-52.

¹⁷² Nesse sentido: MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N Op. cit., p. 283.

¹⁷³ NUCCI, Guilherme de Souza. Op. cit., p. 182.

familiar¹⁷⁴. Ou seja, como diz Juarez Cirino dos SANTOS, “o conceito de conduta social, como conjunto de comportamentos relevantes e/ou significativos na vida do autor¹⁷⁵”, diz respeito ao seu comportamento nos “papéis de pai/mãe, marido/esposa, filho, aluno, membro da comunidade, profissional, cidadão etc.¹⁷⁶”.

A conduta social é aferida, principalmente, no momento do interrogatório do acusado e da oitiva das testemunhas, através de perguntas a eles direcionadas durante a instrução criminal. Por isso é importante que as partes arrole testemunhas que efetivamente tenham conhecimento da vida do réu, especialmente antes da conduta criminosa, para que possam, efetivamente, contribuir para a fixação da pena-base¹⁷⁷.

A circunstância será *favorável* quando o réu provar ser ajustado ao convívio social, ou seja, se restar demonstrado, principalmente por testemunhas abonatórias, que cumpre com seus deveres relacionados à educação dos filhos, que é bom vizinho, aluno e trabalhador, que participa de programas sociais etc. Por outro lado, será *desfavorável* toda vez que revelar um comportamento social negativo, seja por deixar de pagar alimentos aos filhos, por possuir histórico negativo nos locais onde trabalhou etc. Pode ainda ser considerada *neutra* nas hipóteses em que não existam informações suficientes para se valorar a conduta social do réu¹⁷⁸.

Acerca da análise da conduta social do réu, Guilherme de Souza NUCCI levanta quatro pontos de discussão que vale mencionar. O primeiro diz respeito à relação da conduta social com a personalidade do réu. Ele explica que quando o

¹⁷⁴ DELMANTO, Celso *et al.* Op. cit., p. 275.

¹⁷⁵ SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. cit. p., 562.

¹⁷⁶ *Idem.*

¹⁷⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. Op. cit., p. 183.

¹⁷⁸ SCHMITT, Ricardo Augusto. Op. cit., p. 99.

acusado apresenta uma agressividade hostil¹⁷⁹, caracterizador de uma personalidade destrutiva, provoca danos à vítima, que por si só não representam “crimes”, tais aspectos devem ser levados em conta como conduta social, a fim de buscar a pena mais justa possível¹⁸⁰.

O segundo ponto, relativo à situação social do infrator, reflete a importância da educação e de boas condições de vida para a formação da integridade física e mental do ser humano, garantindo-lhe maior equilíbrio emocional e preservando-o do descumprimento de regras sociais que o levariam ao crime. Por essa razão, o autor reflete acerca da pobreza, como o “maior fator de risco para as patologias¹⁸¹”, logo, como fator que influencia na probabilidade de o sujeito infringir regras e cometer delitos, sobretudo patrimoniais. Caberá, destarte, ao julgador, analisar a conduta social do ponto de vista da inserção social do acusado para lhe “graduar a pena-base conforme seja mais ou menos censurável o ato ilícito¹⁸²”.

Ainda nesse contexto, o autor menciona o fato de que a própria sociedade cria ambientes propícios para a prática de condutas delituosas, inserindo determinados grupos de pessoas em situação de marginalidade social, fomentando o surgimento de atitudes xenófobas e racistas¹⁸³. Essa realidade não pode ser

¹⁷⁹ O autor, a partir da obra de Mário FEDELI, conceitua “agressividade hostil” quando trata da circunstância da personalidade. Segundo ele, essa espécie de agressividade, também chamada destrutiva, é aquela que “tem por meta causar dano a terceiro, representando a violência das atitudes. O importante para a verificação da agressividade destrutiva é detectar se o agente do crime sente-se gratificado por vivenciá-la, impingindo o mal a outrem, especialmente quando essa gratificação o leva ao encorajamento de persistir nessa trilha”. (*In* FEDELI, Mário. Temperamento, caráter, personalidade: ponto de vista médico e psicológico. Trad. José Maria de Almeida. São Paulo: Paulus, 1997. p. 96-99 *apud* NUCCI, Guilherme de Souza. Op. cit., p. 189).

¹⁸⁰ *Ibidem*, p. 183-184.

¹⁸¹ *Ibidem*, p. 184.

¹⁸² *Idem*.

¹⁸³ O autor o exemplifica da seguinte forma: “Há maior reprovabilidade no crime, quando cometido, por exemplo, por quem, com passado de atuação em movimentos racistas, comete crime de igual naipe; noutros casos, deve-se verificar menor censura na prática da infração, como o delito concretizado pela pessoa que, durante anos, foi vítima do racismo e, em determinado momento de desatino, agride violentamente quem a discrimina”. (*In* *Ibidem*, p. 185).

ignorada pelo magistrado no momento da análise da conduta social precedente ao delito perpetrado¹⁸⁴.

Por fim, o autor chama a atenção para a análise do contexto familiar do agente, sob a ótica de que a “agressividade com que muitos autores de crime agem provém de lares desgastados ou de um processo de criação diferenciado e distanciado do ideal¹⁸⁵”. Apesar de que certamente se estaria diante da ausência de provas para embasar o convencimento do juiz nesse sentido, é importante que reflita sobre o tema, buscando soluções que facilitem a busca pela verdade real também no que se refere à pessoa do acusado, em obediência ao seu dever constitucional de individualização da pena¹⁸⁶.

Ao proferir a sentença, o juiz poderá se manifestar quanto à conduta social do réu da seguinte maneira:

- O réu é uma pessoa respeitada na localidade onde vive, não existindo qualquer fato pessoal que desabone sua conduta.
- O acusado tem boa conduta social, é excelente chefe de família e possui profissão definida.
- O réu possui conduta social desajustada com o meio em que vive, uma vez que não se relaciona bem com sua família, inclusive com seus pais, os quais revelaram ser uma pessoa que não possui qualquer amor e interesse pela filha.
- O acusado não tem boa conduta social, vive constantemente em péssimas companhias ou em companhia de outros infratores, não frequenta clubes sociais, nem tem preferência por ações humanas de relevante alcance social.
- Poucos elementos foram coletados a respeito de sua conduta social, razão pela qual deixo de a valorar.

4.1.2.4 Personalidade

¹⁸⁴ Ibidem, p. 184.

¹⁸⁵ Ibidem, p. 185.

¹⁸⁶ Ibidem, p. 185-186.

A análise da personalidade serve para avaliar o caráter do agente como pessoa humana¹⁸⁷ que, segundo Celso DELMANTO, “diz respeito à sua índole, à sua maneira de agir e sentir, ao próprio caráter do agente¹⁸⁸”, bem como “à agressividade e ao antagonismo com a ordem social intrínsecos a seu temperamento¹⁸⁹”. Para tanto, “deve-se averiguar se o crime praticado se afina, ou não, com a individualidade psicológica do agente, caso em que sua personalidade poderá pesar em seu desfavor ou, ao contrário, em seu favor¹⁹⁰”.

Guilherme de Souza NUCCI cita alguns exemplos da personalidade, que podem ser buscados pelo juiz na análise do modo de ser do autor da infração:

a) aspectos positivos: bondade, alegria, persistência, responsabilidade nos afazeres, franqueza, honestidade, coragem, calma, paciência, amabilidade, maturidade, sensibilidade, bom-humor, compreensão, simpatia, tolerância, especialmente à liberdade de ação, expressão e opinião alheias; b) aspectos negativos: agressividade, preguiça, frieza emocional, insensibilidade acentuada, emotividade desequilibrada, passionalidade exacerbada, maldade, irresponsabilidade no cumprimento das obrigações, distração, inquietude, esnobismo, ambição desenfreada, insinceridade, covardia, desonestidade, imaturidade, impaciência, individualismo exagerado, hostilidade no trato, soberba, inveja, intolerância, xenofobia, racismo, homofobia, perversidade¹⁹¹.

Explica o autor que, ao cometer um crime, quando uma característica negativa for o móvel propulsor da conduta, como a inveja incontrolável ou o desejo de provocar maldade, ela deverá ser levada em consideração no momento de estabelecimento da pena. Por outro vértice, não servirá para aumentar a pena caso não haja nexo de causalidade entre ela e o delito¹⁹².

Contudo, por tratar-se de matéria afeta aos ramos da psicologia e psiquiatria, muito mais do que ao direito, vez que carece de análise acerca da maneira de ser,

¹⁸⁷ SCHMITT, Ricardo Augusto. Op. cit., p. 100.

¹⁸⁸ DELMANTO, Celso *et al.* Op. cit., p. 275.

¹⁸⁹ MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. Op. cit., p. 283.

¹⁹⁰ DELMANTO, Celso *et al.* Op. cit., p. 275.

¹⁹¹ NUCCI, Guilherme de Souza. Op. cit., p. 188.

¹⁹² *Idem.*

de agir e de viver do agente, tal análise torna-se numa difícil (e tecnicamente inviável) missão para o juiz, o qual deverá, no breve instante do interrogatório, avaliar a personalidade do réu, concluindo ser ele pessoa pacífica, violenta, calma, nervosa, sensível ou desprovida de sentimento humanitário, dentre outros¹⁹³.

Segundo Juarez Cirino dos SANTOS, citando a obra de Gilberto FERREIRA, a grande crítica reside no fato de que

os operadores do sistema de justiça criminal não possuem formação acadêmica em Psicologia ou Psiquiatria para decidir sobre o complexo conteúdo do conceito de personalidade e, por essa razão, a jurisprudência brasileira tem atribuído um significado leigo ao conceito, como conjunto de *sentimentos/emoções* pessoais distribuídos entre os polos da *emotividade/estabilidade*, ou de *atitudes/reações* individuais na escala *sociabilidade/agressividade*, que pouco indicam sobre a personalidade do condenado – um resultado agravado pela ausência do princípio da identidade física do juiz no processo penal, com o interrogatório realizado por um e a sentença proferida por outro Juiz criminal¹⁹⁴.

Assim, tem-se que o correto seria que tal circunstância fosse analisada e valorada a partir de um laudo psicossocial firmado por pessoa habilitada, caso contrário, deverá ser valorada sempre como neutra, “seja pela inexistência de elementos necessários à sua valoração, seja pela impossibilidade de sua aferição a partir dos elementos convencionais coletados nos autos¹⁹⁵”.

Contrário a esse posicionamento, Guilherme de Souza NUCCI entende que não se exige que o magistrado seja um autêntico psicólogo para avaliar a personalidade do réu, basta que utilize de seu bom senso para avaliar o modo de ser e agir do indivíduo, dedicando-se, para tanto, a buscar o maior número possível de elementos de apoio para sustentar seu veredicto¹⁹⁶.

¹⁹³ SCHMITT, Ricardo Augusto. Op. cit., p. 100.

¹⁹⁴ FERREIRA, Gilberto. Op. cit., p. 88-90 *apud* DOS SANTOS, Juarez Cirino. Op. cit., p. 563.

¹⁹⁵ SCHMITT, Ricardo Augusto. Op. cit., p. 102.

¹⁹⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. Op. cit., p. 192-193.

Segundo o autor, “invadir o âmago do réu, através da análise de sua personalidade, para conhecê-lo melhor, não como mero objeto da aplicação da pena, mas como sujeito de direitos e deveres, enfim como pessoa humana, torna a pessoa mais justa e sensata no seu *quantum* e no seu propósito¹⁹⁷”.

O juiz poderá resolver a controvérsia das seguintes maneiras:

- Diante da impossibilidade de análise técnica acerca da personalidade do réu, deixo de valorar esta circunstância.
- Não existem nos autos elementos suficientes à aferição da personalidade do agente, razão pela qual deixo de valorá-la.
- O acusado não possui personalidade voltada para o crime, militando em seu favor seu passado de homem público ou de carreira privada, que se pautou por uma tendência devotada ao seu campo profissional, mantendo vida honesta, austera e recatada, sem perseguir pessoas nem vantagens pessoais.
- O relatório psicossocial de fls., revela ser o agente possuidor de caráter ilibado, pessoa calma, sem qualquer predisposição à agressividade, sendo merecedor de valoração positiva quanto à sua personalidade.
- O acusado possui personalidade especificamente orientada ao crime, o qual sempre pratica com requintes de crueldade e de perversidade, com ferocidade e audácia, causando temor entre os membros da comunidade e senso de revolta entre os cidadãos.
- O laudo médico de fls. demonstra que o réu tem personalidade deturpada, uma vez que se mostra agressivo, egoísta e sem qualquer sentimento humanitário, pelo que valoro sua personalidade de modo negativo.

4.1.2.5 Motivos do crime

Os motivos do crime são as razões que levaram o agente a cometê-lo, caracterizados por estímulos internos que conferem qualidades positivas (honra, gratidão, revolta contra injustiças) ou negativas (egoísmo, ganância, avidez, vingança, cobiça)¹⁹⁸.

¹⁹⁷ Ibidem, p. 195.

¹⁹⁸ SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. cit., p. 563-564.

Como explicam Julio Fabbrini MIRABETE e Renato N. Fabbrini, os motivos “realçam a necessidade de efetuar um perfil psíquico do delinquente e da causação do crime para uma correta imposição de pena¹⁹⁹”. Para tanto, crimes cujos motivos derivam de sentimentos de nobreza moral, ou aqueles que indicam um substrato antissocial, merecem uma substancial alteração da pena, quer seja para aproximar-se do mínimo, como para elevá-la²⁰⁰.

Para Guilherme de Souza NUCCI, o juiz deve “buscar as *razões* de ser da conduta bem como os *objetivos* a serem alcançados pelo agente em qualquer delito²⁰¹”, para que, encontrando-os e valorando-os (para bem ou para mal), tenha um quadro concreto a respeito de um dos fatores a compor a maior ou menor reprovação ao agente²⁰².

Considerando, entretanto, que cada crime já possui um motivo predefinido pelo próprio tipo, a exemplo da obtenção de lucro fácil nos crimes patrimoniais, devem-se buscar os motivos que extrapolem esses já previstos, sob pena de impossibilitar sua valoração²⁰³.

Celso DELMANTO observa, entretanto, que certos motivos (torpe, fútil, para assegurar a execução de outro crime etc.) que já estão especialmente classificados como *circunstâncias legais, causas de aumento ou diminuição da pena* ou mesmo *qualificadoras* e, portanto, não devem ser considerados para fixação da pena-base, em face da proibição da dupla valoração²⁰⁴.

Assim, com relação aos motivos do crime, o juiz pode concluir quê:

¹⁹⁹ MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. Op. cit., p. 283.

²⁰⁰ Idem.

²⁰¹ NUCCI, Guilherme de Souza. Op. cit., p. 199-200.

²⁰² Ibidem, p. 200.

²⁰³ SCHMITT, Ricardo Augusto. Op. cit., p. 103.

²⁰⁴ DELMANTO, Celso *et al.* Op. cit., p. 275.

- O motivo de delito se constituiu pelo desejo de obtenção de lucro fácil, o que, entretanto, já perfaz o próprio tipo penal.
- O acusado praticou o crime por motivos inexplicáveis, por isso, banais e egoísticos.
- Os motivos do crime favorecem o acusado, posto que foi levado à sua prática por razões de ordem passional, imediatamente após haver sido injustamente agredido pela vítima.
- O motivo do crime se constitui em circunstância legal agravante, qual seja, a futilidade da conduta, que será observada na fase a seguir, pelo que deixo de valorá-la neste momento, como forma de não incorrer em *bis in idem*.
- Os motivos do crime favorecem o acusado, uma vez que em momento de desespero e de precária condição financeira, subtraiu remédios com o fito único e exclusivo de tratar sua esposa, a qual se encontrava gravemente enferma.
- O motivo do delito se revelou reprovável, uma vez que o réu desviou verbas públicas com o intuito de saldar dívida pessoal, a qual estava sendo objeto de execução judicial.

4.1.2.6 Circunstâncias do crime

Dizem respeito ao lugar, *modus operandi*, ocasião, horário etc., enfim, são as circunstâncias da própria prática delitiva, que podem ser relevantes no caso concreto, na medida em que podem representar uma maior determinação ou periculosidade do criminoso, ou então, a insensibilidade, indiferença, ou, o arrependimento ante sua conduta²⁰⁵.

Não se podem, no entanto, considerar nesta fase as circunstâncias que integram o tipo, ou que são previstas como circunstâncias legais ou causas especiais (repouso noturno, lugar ermo etc.), sob pena de configurar-se o *bis in idem*²⁰⁶.

²⁰⁵ MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. Op. cit., p. 283.

²⁰⁶ DELMANTO, Celso *et al.* Op. cit., p. 274.

Ricardo Augusto SCHMITT ensina que estas circunstâncias “não interferem na qualidade do crime, mas sim na qualidade e na quantidade da pena a ser aplicada²⁰⁷”.

São alguns exemplos:

- O crime foi praticado com o emprego de crueldade, mas tendo em vista que tal circunstância se revela como agravante legal, deixo de a valorar neste momento, postergando sua análise para a etapa a seguir.
- As circunstâncias se encontram relatadas nos autos, sendo que se constituem em causas de aumento de pena, razão pela qual deixo de valorar para não incorrer em *bis in idem*.
- As circunstâncias em que ocorreu o crime desfavorecem o réu, uma vez que praticou o crime em plena luz do dia, em local e horário de grande movimentação de pessoas.

4.1.2.7 Consequências do crime

As consequências do crime representam a intensidade dos danos gerados à vítima ou à coletividade, que podem ser de natureza pessoal, afetiva, moral, social, econômica ou política, decorrentes da conduta do agente²⁰⁸. Referem-se, portanto, à gravidade maior ou menor do dano causado pelo crime, como, por exemplo, “a cegueira ou paralisia da vítima do crime de lesões corporais, a penúria da família atingida pelo homicídio do *pater familias*, no extraordinário desfalque patrimonial produzido pelo roubo etc.²⁰⁹”.

Normalmente os tipos penais já trazem na sua descrição uma consequência implícita, seja a morte no homicídio, ou a subtração de coisa alheia móvel no furto, entre outras. Logo, assim como foi dito na análise dos motivos e das circunstâncias

²⁰⁷ SCHMITT, Ricardo Augusto. Op. cit., p. 104.

²⁰⁸ DELMANTO, Celso *et al.* Op. cit., p. 275 e SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. cit., p. 565.

²⁰⁹ MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. Op. cit., p. 283.

do crime, devem-se buscar situações materialmente diversas daquelas inerentes à espécie do delito praticado, como se percebe nas situações abaixo:

- A conduta do acusado não produziu qualquer consequência extrapenal, uma vez que a vítima recuperou todos os bens que lhe foram subtraídos.
- O comportamento criminoso do acusado teve como consequência prejuízos materiais para a vítima, que teve sua carteira subtraída com o produto de toda sua verba salarial, considerando que havia acabado de recebê-la quando sofreu o assalto, sem a restituição incólume e na mesma quantia da coisa a seu proprietário.
- As consequências do crime são graves, em vista da perda repentina de uma vida humana, tendo a vítima deixado viúva e seis filhos menores, os quais dependiam financeiramente da vítima à sua subsistência.
- As consequências do crime são próprias do tipo, não devendo desfavorecer o réu.

4.1.2.8 Comportamento da vítima

Conforme se extrai do artigo 59, constata-se que o Código Penal incluiu entre as circunstâncias judiciais o comportamento da vítima, que refletirá na censurabilidade da conduta delituosa. Vale dizer, o comportamento da vítima será avaliado no contexto dos fatos, quer seja para diminuir, como para aumentar a sanção penal, limitada, entretanto, às hipóteses de contribuições efetivas para a realização do crime, “reduzindo ou excluindo o tipo de injusto ou a reprovação do autor, mediante provocação, estímulo, negligência, facilitação etc.²¹⁰”, afinal, não raro a vítima, por seu comportamento temerário ou descuidado, facilita ou até estimula a atuação do criminoso.

Nesse sentido, inclusive, foi expressa a Exposição de Motivos da Reforma Penal de 1940:

²¹⁰ SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. cit., p. 565-566.

50. (...). Fez-se referência expressa ao comportamento da vítima, erigido, muitas vezes, em fator criminógeno, por constituir-se em provocação ou estímulo à conduta criminosa, como, entre outras modalidades, o pouco recato da vítima nos crimes contra os costumes. (...).

A contribuição da vítima, segundo estudos de vitimologia, pode ser nenhuma, parcial, equivalente à contribuição do autor ou total, na medida em que *a)* a vítima pode ser inocente; *b)* pode ser ingênua (crimes sexuais) ou descuidada (crimes patrimoniais); *c)* pode provocar o autor do crime (crimes violentos); ou *d)* pode ser a causadora de uma situação de legítima defesa pelo autor, por exemplo²¹¹.

Celso DELMANTO bem justifica a inclusão desta circunstância, ao afirmar que “não deve ser igual a censura que recai sobre quem rouba as joias fulgurantes que uma senhora ostenta e a responsabilidade de quem subtrai os donativos, por exemplo, do Exército da Salvação. A atitude do ofendido que deixa seus valores soltos – embora não justifique o furto – pode diminuir o grau de reprovabilidade da conduta do agente²¹²”.

Julio Fabbrini MIRABETE e Renato N. FABBRINI comentam, inclusive, sobre estudos de vitimologia que têm demonstrado a possibilidade de vítimas serem “colaboradoras” do ato criminoso, como se fossem “vítimas natas”, ante sua personalidade insuportável, antipatia extrema, sarcasmo, ganância e muitas outras características consideradas, no mínimo, desagradáveis²¹³. Os autores explicam que

maridos verdugos e mulheres megeras são vítimas potenciais de cônjuges e filhos; homossexuais, prostitutas e marginais sofrem maiores riscos de violência diante da psicologia doentia de neuróticos com falso entendimento de justiça própria; quem vive mostrando sua carteira, recheada de dinheiro, aumenta as probabilidades do furto e do roubo; (...); a jovem de menor pudor pode induzir o agente de estupro [ou atentado violento ao pudor] pelas suas palavras, roupas e atitudes imprudentes etc.

²¹¹ Ibidem, p. 566.

²¹² DELMANTO, Celso *et al.* Op. cit., p. 275.

²¹³ MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. Op. cit., p. 284.

Enfim, concluem os autores que, embora não justifiquem o crime, essas atitudes “diminuem a censurabilidade da conduta do autor do ilícito, implicando abrandamento da pena²¹⁴”. Ousa-se discordar, todavia, no que tange ao exemplo retromencionado dos homossexuais e prostitutas, na medida em que encarar essas pessoas como instigadoras dos atos criminosos de que são vítimas seria ato de mais puro preconceito, assim como são os crimes que sofrem.

É de se esclarecer, outrossim, que a circunstância judicial “comportamento da vítima” não deve ser confundida com a “injusta provocação da vítima”, circunstância atenuante prevista no artigo 65, inciso II, alínea c, do Código Penal. Esta só será cabível quando a injusta provocação provocar no agente violenta emoção que o impulsione à prática do crime e, nestes casos, não será o comportamento da vítima levado em conta na fixação da pena-base, como meio de se evitar a dupla apenação pelo mesmo fato²¹⁵.

A análise subjetiva do juiz poderá pautar-se pelos seguintes exemplos:

- A vítima em nada colaborou à prática do delito, razão pela qual nada se tem a valorar.
- O comportamento da vítima, que soube ser diligente e demonstrou estar todo tempo subjugada, não contribuiu de qualquer modo para a ação criminosa do réu.
- O comportamento da vítima se mostrou reprovável, na medida em que deixou seu veículo estacionado em local ermo, com a porta e a janela abertas e, ainda, com a chave na ignição.

4.1.3 Teorias sobre o *acréscimo ideal* a ser aplicado na fixação da pena-base

²¹⁴ Idem.

²¹⁵ CARVALHO NETO, Inácio. Op. cit., p. 71.

O problema que tem se mostrado mais recorrente na prática da aplicação da pena, tem sido quanto aos critérios para a fixação da quantidade da pena-base. Sendo o caso, portanto, de fixação acima do mínimo legal previsto abstratamente pelo legislador, cumpre definir qual o acréscimo ideal a ser aplicado na dosagem, em cada caso concreto, eis que cada fato ocorrido possui elementos, circunstâncias e características próprias²¹⁶.

Parte-se, portanto, de uma análise da moderna doutrina e jurisprudência, que, todavia, não impedem a adoção de critérios diversos de apreciação e valoração, frente às peculiaridades de cada caso concreto.

Feita a devida ressalva, a primeira teoria a ser analisada remete ao “**ponto médio**” discutido no item 3.1.1, mas não como ponto de partida para a fixação da pena-base, mas sim como uma “bússola²¹⁷” para sua fixação.

Partindo-se, por exemplo, de uma pena privativa de liberdade prevista abstratamente entre 2 (dois) a 10 (dez) anos de reclusão, o ponto médio será de 6 (seis anos), pois o intervalo entre o máximo e o mínimo previsto corresponde a 8 (oito) anos ($10 - 2 = 8$), sendo que sua metade é igual a 4 (quatro). Assim, somado esse resultado ao mínimo previsto em abstrato, chega-se ao ponto médio ($2 + 4 = 6$). De igual modo, diminuindo esse resultado do máximo previsto, também se chega ao ponto médio ($10 - 4 = 6$).

Encontrado o ponto médio, o segundo passo é encontrar os intervalos entre a pena mínima prevista em abstrato e o ponto médio (ponto médio inferior) e, em seguida, o intervalo entre a pena máxima prevista em abstrato e o ponto médio (ponto médio superior), calculados da mesma forma que se calculou o ponto médio principal.

²¹⁶ SCHMITT, Ricardo Augusto. Op. cit., p. 118.

²¹⁷ Idem.

Utilizando ainda o exemplo acima analisado, chega-se à seguinte conclusão:

2	4	6	8	10
PENA MÍNIMA	PONTO MÉDIO INFERIOR	PONTO MÉDIO PRINCIPAL	PONTO MÉDIO SUPERIOR	PENA MÁXIMA

Ricardo Augusto SCHMITT reserva a aplicação dessa teoria, em tese, para casos em que concorram ao menos duas ou três circunstâncias judiciais plenamente desfavoráveis ao agente, reconhecida e valorada, inclusive, a existência de maus antecedentes²¹⁸.

Inclusive, a simples presença de maus antecedentes, quando as demais circunstâncias permanecerem neutras (nem favoráveis, nem desfavoráveis), basta para elevar a pena-base acima do mínimo legal previsto em abstrato, a qual, no caso do exemplo em tela, deverá ser dosada em torno dos 3 (três) a 4 (quatro) anos, por questão de proporcionalidade²¹⁹.

No entanto, no caso da existência de maus antecedentes concomitantemente com todas as demais circunstâncias judiciais amplamente favoráveis ao réu, poderá o juiz fixar a pena em patamar um pouco mais brando, respaldado em devida e correta fundamentação²²⁰.

Por sua vez, a existência de pelo menos uma ou duas circunstâncias judiciais desfavoráveis, ainda que o réu seja possuidor de bons antecedentes, deverá a pena-base ser fixada acima do mínimo legal, novamente em patamar de 3 (três) a 4 (quatro) anos²²¹.

Para o autor, somente em casos de alta gravidade, acaso demonstrada a real necessidade de reprovação concreta do delito, é que a pena-base irá ultrapassar o

²¹⁸ Ibidem, p. 119.

²¹⁹ Ibidem, p. 120.

²²⁰ Idem.

²²¹ Idem.

ponto médio principal. Ainda assim, nesses casos deverá constar uma motivação eficaz e altamente plausível, com a evidenciação de circunstâncias judiciais amplamente desfavoráveis ao agente²²².

Em suma, deverá o juiz dimensionar a pena-base conforme incidam as circunstâncias judiciais desfavoráveis, partindo duma análise concreta do grau de reprovação de cada uma delas, para o fim de arbitrar, ao final, um *quantum* necessário e proporcional de pena a cada caso concreto, preocupando-se, sobretudo, com a devida fundamentação da pena que irá dosar.

Euler JANSEN apóia esse método, pois acredita haver nele inequívoca justiça e adequação legal. Porém, o autor acredita ser importante buscar um método complementar, para os outros casos, que são a maioria, em que nem todas as circunstâncias são totalmente favoráveis ou exatamente médias e raríssimas as que são integralmente desfavoráveis²²³.

Utilizando-se de um critério semimatemático, o autor sugere a utilização de um “**condenômetro**”, no qual será traçada uma linha horizontal com escalas equidistantes de 0 (zero) a 8 (oito), sendo que cada escala representa uma das oito circunstâncias, estabelecidas em aproximadamente 1/8 (um oitavo) da variação da pena entre o mínimo e o máximo estabelecidos para o crime. O autor usa o termo “aproximadamente”, pois “em sendo uma circunstância favorável ou desfavorável, seu valor não será necessariamente inteiro – cada uma delas pode ser mais forte ou mais branda²²⁴”.

Por exemplo, no caso de roubo, em que a pena mínima é de 4 (quatro) anos e a máxima de 10 (dez), a média será de 7 (sete) anos (soma dos termos inicial e final,

²²² Ibidem, p. 119.

²²³ JANSEN, Euler. **Manual de sentença criminal**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 100.

²²⁴ Idem.

divido por dois). Mantendo a divisão por dois é possível encontrar outros elementos desse “condenômetro”. Veja-se o modelo abaixo:

0	1	2	3	4	5	6	7	8
4 anos		5 anos e 6 meses		7 anos		8 anos e 6 meses		10 anos
Pena mínima				Pena média				Pena máxima

Na divisão do “condenômetro”, o autor recomenda a contagem apenas das circunstâncias desfavoráveis, pois obviamente as demais serão favoráveis, ou neutras, o que diante do princípio do *favor rei*²²⁵, equiparam-se às favoráveis²²⁶. Assim, hipoteticamente, havendo seis circunstâncias prejudiciais, aplica-se a sua contagem no “condenômetro” para encontrar-se a pena-base:

0	1	2	3	4	5	6	7	8
4 anos		5 anos e 6 meses		7 anos		8 anos e 6 meses		10 anos
Pena mínima				Pena média				Pena máxima

Há casos, entretanto, em que o “condenômetro” não vai de 0 a 8, pois não se analisam as oito circunstâncias judiciais. Por exemplo, pode ser caso de reincidência, hipótese em que fica prejudicada a análise dos antecedentes; ou quando o motivo do delito seja elementar ou qualificador do crime. Nesses casos,

²²⁵ Também conhecido como princípio do *favor innocentiae*, *favor libertatis*, ou *in dubio pro reo*, o princípio do *favor rei* decorre do princípio da presunção de inocência e se consubstancia na predominância do direito de liberdade do acusado quando colocado em confronto com o direito de punir do Estado, ou seja, na dúvida, sempre prevalece o interesse do réu. “O mencionado princípio deve orientar, inclusive, as regras de interpretação, de forma que, diante da existência de duas interpretações antagônicas, deve-se escolher aquela que se apresenta mais favorável ao acusado”. (In DIAS, Clara. **Princípios norteadores do processo penal brasileiro**. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/articles/5262/1/Principios-Norteadores-Do-Processo-Penal-Brasileiro/pagina1.html#ixzz12HVx3iYg>>. Acesso em: 15 out. 2010).

²²⁶ JANSEN, Euler. Op. cit., p. 100-101.

será reduzido o número de escalas do “condenômetro” e as circunstâncias judiciais passarão a valer 1/7 (um sétimo) ou 1/6 (um sexto), conforme a sua quantidade²²⁷.

De forma muito semelhante, Inácio de CARVALHO NETO defende a “**divisão proporcional**” da escala de pena legalmente estabelecida entre todas as circunstâncias judiciais. Consiste esta técnica justamente em dividir o espaço compreendido entre os limites mínimo e máximo da pena abstratamente cominada entre o tanto de circunstâncias a ser analisadas no caso concreto (apenas as favoráveis e desfavoráveis, excluindo-se as que possam, eventualmente, ser neutras ou desconhecidas)²²⁸.

Analisando-se, como exemplo, um caso de furto simples (artigo 155, *caput*, do Código Penal), cuja pena prevista é de 1 (um) a 4 (quatro) anos, com um espaço, portanto, de 3 (três) anos, sendo passíveis de análise as 8 (oito) circunstâncias judiciais, o *quantum* de cada circunstância equivalerá a 4 (quatro) meses e 15 (quinze) dias. Diante disso, a cada circunstância desfavorável ao réu, o Magistrado, partindo da pena mínima prevista abstratamente, deverá aumentar a pena em 4 (quatro) meses e 15 (quinze) dias²²⁹.

Poderá o juiz, entretanto, alterar a pena, mesmo após feito todo esse procedimento, aumentando-a ou diminuindo-a, conforme constatar, respectivamente, que ela não foi suficiente para a prevenção e repressão do crime, ou que ela não é necessária na quantidade que resultou²³⁰.

Outra tendência que se tem evidenciado nos Tribunais Superiores é a de “**igualdade entre todas as circunstâncias judiciais**”, afinal, nem mesmo o

²²⁷ Ibidem, p. 104-105.

²²⁸ CARVALHO NETO, Inácio de. Op. cit., p. 110.

²²⁹ Ibidem, p. 111.

²³⁰ Idem.

legislador fez qualquer menção à preponderância de uma ou de outra²³¹, justamente “porque quis que as oito circunstâncias recebessem o mesmo tratamento legal, como forma de permitir a melhor aferição à dosagem da pena-base ideal, dentro dos limites propostos²³²”.

Apesar disso, não se defende com isso a estipulação de um valor fixo pré-determinado para cada circunstância, pois isso seria ignorar a devida proporção que deve reinar na individualização da pena.

Ricardo Augusto SCHMITT demonstra esse fato muito bem através do seguinte exemplo:

Para um crime de furto simples (art. 155, *caput*, do CP), a valoração de uma circunstância judicial negativa em 1 (um) ano (por exemplo) é, sem dúvidas, por demais rigorosa ao agente, uma vez que dobra a pena mínima em abstrato prevista para o delito. Tal rigor se revela também quando observarmos o intervalo das penas em abstrato (máximo – mínimo), que no caso corresponde a 3 (três) anos (4 - 1), o que evidencia a absoluta impropriedade no *quantum* adotado à valoração, uma vez que estaríamos tratando *uma única circunstância judicial negativa* com valor percentual superior a 30% (trinta por cento) do montante total obtido no intervalo de pena em abstrato. Agora, se usado o mesmo patamar de 1 (um) ano para valorar uma circunstância judicial desfavorável para um crime de homicídio simples (art. 121, *caput*, do CP) é, por vias inversas, algo muito brando ao agente, uma vez que exaspera a pena em patamar pouco significativo, ante o intervalo das penas em abstrato (máximo – mínimo), que no caso corresponde a 14 (catorze) anos (20 - 6). Com isso, ao estipular um valor fixo para todo e qualquer caso, cairíamos em total desproporção na dosagem das respectivas penas-base, uma vez que na última hipótese estaríamos tratando *uma mesma (e única) circunstância judicial negativa* em patamar inferior a 10% (dez por cento), sem qualquer razão plausível para a notada desproporção²³³.

Ao contrário, o que tem sido sugerido pelos Tribunais Superiores é que, partindo do intervalo da pena prevista em abstrato ao tipo, o resultado seja dividido por 8 (oito), ou seja, uma fração-ideal de valoração idêntica para cada circunstância

²³¹ Como o fez, por exemplo, com as circunstâncias legais no artigo 67 do Código Penal, o qual prevê que no caso de concurso de circunstâncias agravantes e atenuantes, “a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes, entendendo-se como tais as que resultam dos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da reincidência”.

²³² SCHMITT, Ricardo Augusto. Op. cit., p. 123.

²³³ Ibidem, p. 123-124.

judicial prevista no artigo 59 do Código Penal, em busca de sua necessária proporcionalidade²³⁴.

De acordo com essa teoria, apenas as circunstâncias desfavoráveis ao agente é que podem ser valoradas para exasperar a pena de seu mínimo legal previsto em abstrato, não havendo que se falar em compensação de circunstâncias, uma vez que bastaria que o réu tivesse quatro circunstâncias judiciais favoráveis que sua pena sempre seria dosada no patamar mínimo, pois estariam se anulando com as outras quatro desfavoráveis²³⁵.

Logo, havendo uma ou mais circunstâncias desfavoráveis ao agente, a pena-base será afastada no mínimo legal, sendo esse distanciamento maior conforme o número de circunstâncias judiciais negativas.

Cumprе ressaltar, todavia, que não existe apenas uma teoria acerca dos critérios para a fixação da pena-base. Paulo Fernando Bacellar BITTENCOURT, advogado criminalista em Salvador, Estado da Bahia, por exemplo, defende a aplicação da pena por “**critérios exclusivamente matemáticos**”. Para tanto, ele apresenta a fórmula “ $PD = PB - AT + AG - CD + CA$ ”, onde PD representa a pena definitiva; PB a pena-base; AT as atenuantes; AG as agravantes; CD causas de diminuição e CA causas de aumento²³⁶.

Especificamente para a aplicação da pena na primeira fase da dosimetria, o autor defende que para cada circunstância judicial deverá ser atribuída uma nota entre o mínimo e o máximo cominados. Supondo que se esteja diante de um crime cuja pena privativa de liberdade varia de um mínimo de 2 anos e máximo de 8 anos de reclusão, a valoração de cada circunstância judicial deve manter-se dentro de tais

²³⁴ Ibidem, p. 124-125.

²³⁵ Ibidem, p. 125.

²³⁶ BITTENCOURT, Paulo Fernando Bacellar. **A aplicação da pena através de critérios matemáticos**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2098>>. Acesso em: 07 out. 2010.

limites. Logo, “se a análise da circunstância for favorável ao acusado a nota atribuída deve tender para a pena mínima, [...] se desfavorável a nota tenderá para a pena máxima²³⁷”.

O autor apresenta o seguinte exemplo para facilitar a compreensão sobre a aplicação desse critério de fixação da pena-base:

- ✓ CULPABILIDADE: reprovação pela conduta = **Nota 6**
- ✓ ANTECEDENTES: **Nota 2**
- ✓ CONDUTA SOCIAL DO AGENTE: **Nota 3**
- ✓ PERSONALIDADE DO AGENTE: Caráter, temperamento, índole, maneira de sentir e agir = **Nota 6**
- ✓ MOTIVOS DETERMINANTES: Razões que desencadearam a conduta ilícita, podendo ser morais ou sociais (amor à família, honra, gratidão, revolta à injustiça), bem como imorais ou antissociais (egoísmo, malvadez, luxúria, vingança, cobiça, empolgadura dos vícios) = **Nota 6**
- ✓ CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME: O que se pretende não é qualquer valoração de elementares do tipo, circunstâncias legais (agravantes ou atenuantes) e causas de aumento ou diminuição. Aqui se procura analisar tudo que escapou das demais circunstâncias, notadamente os aspectos objetivos como tempo (dia ou noite), lugar (ermo ou habitado, no meio de multidão, colocando em risco outras pessoas) e meios empregados (revólver, faca, pedaço de pau) = **Nota 5**
- ✓ CONSEQUÊNCIAS DO CRIME: Leva-se em conta o maior ou menor dano, ou perigo, causados pela conduta do agente, à vítima, à família ou à sociedade = **Nota 3**
- ✓ COMPORTAMENTO DA VÍTIMA: Favorece ou não a prática da conduta ilícita = **Nota 5**

SOMA = 36

$36 \div 8 =$ PENA BASE = 4 anos e 6 meses

No caso concreto analisado, a pena média será de 5 anos, eis que a pena mínima (2 anos) somada à pena máxima (8 anos) totaliza 10 anos que divididos por dois resulta em 5 anos. Assim, estabelecem-se duas faixas: a primeira da pena mínima à pena média (2 a 5 anos) e a segunda da pena média à pena máxima (5 a 8 anos). Como a pena-base encontrada foi de 4 anos e 6 meses, verifica-se que ela ficou na primeira faixa, ou seja entre a pena mínima (2 anos) e a pena média (5 anos)²³⁸.

Alguns julgados fazem menção, ainda, ao critério orientador do “**dobro da pena mínima abstratamente prevista para o crime**”. Desse modo, no homicídio simples (artigo 121, *caput*, do Código Penal), por exemplo, sendo desfavoráveis todas as circunstâncias judiciais, a pena-base poderia ser fixada em até 12 anos, ou

²³⁷ Idem.

²³⁸ Idem.

seja, o dobro da pena mínima de 6 anos. Fábio Wellington Ataíde ALVES, Juiz de Direito do Estado do Rio Grande do Norte, faz a ressalva, entretanto, de que este critério apresenta a inconveniência de não ser aplicado aos crimes com pena máxima pouco acima da pena mínima, como é o caso do crime de estupro, que prevê pena de 6 a 10 anos (artigo 213 do Código Penal), de modo que o dobro da pena mínima é 12 anos²³⁹.

Para fundamentar seu posicionamento, o autor menciona a Apelação Criminal n.º 01.000261-8, julgada pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte e relatada pelo Juiz João Rebouças no seguinte sentido:

I - Tem-se como desproporcional a dosimetria da pena, quando o Julgador não considera as circunstâncias judiciais favoráveis ao réu, como a menor idade, fixando a pena-base em patamar próximo ao máximo então permitido. II - Evidenciando-se o excessivo rigor e a insuficiente fundamentação para a exacerbação da pena-base acima do dobro do mínimo legal previsto para o delito, recomendando-se o ajuste da reprimenda ao patamar suficiente à reprovação e repressão do crime perpetrado.

No caso do Estado do Paraná, vale a pena destacar a técnica do “**coeficiente de distanciamento**” proposta pelo Juiz Substituto em Segundo Grau Mário Helton Jorge. No julgamento da Apelação Criminal n.º 462.564-3, o Magistrado sugere que

havendo concurso de circunstâncias judiciais favoráveis e desfavoráveis ao sentenciado, não pode haver compensação entre elas, devendo o magistrado distanciar a pena-base do mínimo legal, em relação, somente, às circunstâncias desfavoráveis, na seguinte proporção: a cada circunstância judicial considerada desfavorável pelo juiz, este acrescerá, à pena mínima, certo *quantum* (que chamaremos de *coeficiente de distanciamento*, representado pelo signo z) previamente por ele estabelecido. Tal *quantum* poderá assumir três valores distintos, a depender do grau de desvalor que recaia sobre cada circunstância judicial em análise: grau máximo, médio e mínimo. O maior desses valores (desvalor de grau

²³⁹ ALVES, Fábio Wellington Ataíde. **Critérios orientadores para a fixação da pena-base**: em busca da devida adequação ao princípio da proporcionalidade. Disponível em: <http://www.esmarn.org.br/revistas/index.php/revista_teste/article/viewFile/220/250>. Acesso em 07 out. 2010.

máximo) corresponde ao teto máximo de distanciamento entre a pena-base e o mínimo cominado, devendo ser observado pelo juiz sentenciante. A propósito, o mencionado *quantum* (coeficiente de distanciamento), que deve ser somado à pena mínima cominada em abstrato no tipo penal, quando for o caso, a fim de se delinear a pena-base, depende dos possíveis graus de desvalor que podem operar sobre as circunstâncias judiciais consideradas desfavoráveis ao sentenciado²⁴⁰.

Para mensurar esse valor, o Magistrado adota um método pelo qual o mencionado valor referencial para o cálculo da pena-base, chamado coeficiente de distanciamento (z), é calculado pela seguinte fórmula: “z = (pena máxima cominada - pena mínima cominada) ÷ 8²⁴¹”, de acordo com o número de circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal²⁴². Em seguida, partindo do valor de z, que representa o teto máximo para o distanciamento da pena-base do mínimo cominado no tipo penal, estabelece-se uma “escala de graus, referente ao grau de reprovabilidade, que recai sobre a circunstância considerada desfavorável ao sentenciado²⁴³”, definida da seguinte maneira:

o grau máximo (que é o próprio z), médio e mínimo. O grau médio é 2/3 (dois terços) de z; e o mínimo, por sua vez, é 1/3 (um terço), também, de z. Logo, o grau de reprovabilidade que recai sobre a circunstância desfavorável pode assumir um valor de grau máximo, médio ou mínimo²⁴⁴.

Mário Helton Jorge alerta, ao final, que “esse *quantum*, que se soma à pena mínima cominada no tipo penal, a cada circunstância judicial desfavorável reconhecida para se delinear a pena-base, não é sempre o mesmo”, ou seja, será

²⁴⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Primeira Câmara Criminal. **Acórdão em Apelação Criminal n.º 462.564-3**. Relator: Juiz Substituto em Segundo Grau Mário Helton Jorge. DJ, 07 ago. 2008. Disponível em: <www.tj.pr.gov.br>. Acesso em: 06 ago. 2010.

²⁴¹ Idem.

²⁴² Idem.

²⁴³ Idem.

²⁴⁴ Idem.

variável conforme a intensidade de desvalor considerada pelo juiz no caso concreto, seja ele máximo, médio ou mínimo²⁴⁵.

Adilson MEHMERI enfatiza que, muito embora a lei não fixe o *quantum* a ser deduzido ou majorado da pena, há quem entenda que esse valor não deva ultrapassar o máximo de 1/6 (um sexto) da pena aplicada, para que a circunstância não supere a cota mínima dos casos de aumento e de diminuição²⁴⁶.

Adalto Dias TRISTÃO, Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, sugere, a seu turno, que o julgador, no momento de fixar a pena-base, anote em um rascunho a pena mínima, a pena máxima e a pena média, em abstrato, para melhor orientar sua escolha. Deste modo, em sendo todas as circunstâncias favoráveis ao acusado, a pena deverá ser fixada no mínimo legal; em sendo a maioria das circunstâncias desfavoráveis, será fixada próximo da média; e, por fim, sendo todas elas desfavoráveis, poderá, inclusive, ficar bem acima da média, ficando as penas muito elevadas reservadas aos delitos de suma gravidade²⁴⁷.

Gilberto FERREIRA destaca ser imprescindível que o juiz deixe claro na sentença a quantidade de pena que utilizou em relação às circunstâncias judiciais, devendo proceder como no exemplo que apresentou o autor:

Esclareço que para a fixação da pena-base procedi da seguinte forma: parti do termo mínimo, que na espécie era de três meses. A ele acresci três meses, em virtude do elevado grau de reprovação da conduta. Acresci mais um mês por possuir o réu péssimos antecedentes, ficando a pena em sete meses. Considerando o comportamento da vítima, que contribuiu intensamente para a eclosão dos acontecimentos, reduzi três meses, quedando-se a pena-base, portanto, em quatro meses.

²⁴⁵ Idem.

²⁴⁶ MEHMERI, Adilson. Op. cit., p. 256.

²⁴⁷ TRISTÃO, Adalto Dias. Op. cit., p. 122.

5 CONCLUSÃO

A pena, entendida pela doutrina como um “castigo” imposto pelo Estado ao agente culpável de um fato punível, que coloque em risco a coexistência social, aparece de muitas formas ao longo da História, não se podendo entendê-la como um fenômeno idêntico ou uniforme em todos os tempos. Hoje, entretanto, a doutrina é unânime em fixar os objetivos da retribuição e da prevenção como as finalidades da pena, delimitados, é claro, pelos critérios da necessidade e suficiência.

No Direito Brasileiro, essa pena deverá ser aplicada ao agente de acordo com o sistema estabelecido no artigo 68 do Código Penal, ou seja, o sistema trifásico, composto, obviamente, de três fases.

A primeira fase de aplicação da pena será a etapa de fixação da pena-base, ou seja, aquela cuja fixação fica ao prudente arbítrio do juiz, devendo, entretanto, observar os limites mínimo e máximo da pena cominada em abstrato no dispositivo legal incriminador. É sobre ela que se assenta toda a estrutura trifásica da dosimetria da pena, estabelecida no artigo 68 do Código Penal.

Ficou claro ao longo do presente, que pena-base não é o mesmo que pena mínima, muito embora a pena mínima possa vir a ser a pena-base, em sendo as circunstâncias judiciais favoráveis e não havendo circunstâncias agravantes nem causas de aumento ou de diminuição da pena. Além disso, sua fixação deverá ser orientada pelo princípio da razoabilidade, pois o arbítrio judicial não representa mera arbitrariedade pessoal do julgador. Também é importante destacar o papel do princípio da proporcionalidade, afinal, não se pode admitir desproporção ou desequilíbrio entre a lesão praticada e a pena imposta.

A pena-base deverá, ainda, ser sempre fundamentada – assim como as demais fases de aplicação da pena – , a fim de que possam o réu ou seu defensor, a acusação e seu assistente, e a própria sociedade, saber se a dosimetria resultou de operação criteriosa e motivada ou de mero capricho ou falta de dedicação e atenção do magistrado.

A fixação da pena-base é o momento em que o juiz avaliará as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal. São elas a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, os motivos, as circunstâncias e as consequências do crime e o comportamento da vítima.

A culpabilidade corresponde à censurabilidade pessoal da conduta típica e ilícita, que funciona como limite da pena; os antecedentes são os fatos anteriores da vida do agente, positivos ou negativos; a conduta social compreende o comportamento do réu em seu meio familiar, laboral e social; a personalidade é a índole, o caráter do indivíduo; os motivos são a soma dos fatores que convergiram para a realização do ato criminoso; as circunstâncias do crime são os fatores de tempo, lugar, modo de execução, que não estejam previstos como circunstâncias legais ou causas de aumento ou de diminuição da pena; as consequências do crime são os desdobramentos advindos da conduta do agente; por fim, o comportamento da vítima reflete na maior ou menor reprovabilidade pessoal da conduta do agente.

Na sequência, as circunstâncias legais, também chamadas de atenuantes ou agravantes, integram a segunda fase de aplicação da pena e estão previstas nos artigos 61 a 67 do Código Penal. Essas circunstâncias sempre atenuam ou agravam, respectivamente, a pena, em índices não fixados expressamente na lei.

Por fim, as causas especiais de aumento ou de diminuição da pena, analisadas na terceira e última fase de aplicação da pena, referem-se a

determinados fatos que tornam o delito mais grave, obrigando o juiz a aumentar a sanção imposta por sua simples existência, ou então determinam uma redução da sanção por tornarem o fato menos grave.

Nas três fases, entretanto, as circunstâncias podem ser analisadas sob o prisma da subjetividade e da objetividade. Vale dizer, as circunstâncias podem ser subjetivas quando tratarem do sujeito ativo do crime, ou objetivas, quando se referirem a fatos não ligados diretamente ao agente, mas sim ao meio utilizado para a prática do crime, às consequências do delito, à pessoa da vítima, ao concurso de pessoas, entre outros.

Mais difícil do que estabelecer conceitos às espécies de circunstâncias judiciais é estabelecer critérios para a fixação da pena-base, a partir da valoração de cada uma dessas circunstâncias. Trata-se de uma árdua tarefa, reservada ao campo estritamente subjetivo do Magistrado, no exercício de seu poder discricionário.

Muitos fazem várias operações aritméticas para concluí-la, ou então, confundem a pena-base com pena média, ou seja, a soma das penas máxima e mínima abstratamente previstas para o delito, dividido por dois. No entanto, acredita-se não serem esses os melhores parâmetros dadas as particularidades dos casos e dos indivíduos envolvidos..

Apesar de altamente subjetivo e de não existir nenhuma fórmula exata a ser aplicada, conclui-se que não pode a fixação da pena-base resultar de um simples cálculo matemático, na medida em que não está se falando de uma ciência exata, mas sim do maior bem jurídico depois da vida: a liberdade.

Por essa razão, deverá o juiz ter sensibilidade e senso de justiça suficientes para dosar a pena necessária à reprovação da conduta do agente e prevenção da

criminalidade, pautando-se sempre pelos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, a partir dos casos concretos.

Lembre-se, contudo, que o juiz está obrigado a fundamentar a sentença, esclarecendo acerca de cada detalhe da aplicação da pena, demonstrando minuciosamente como chegou à determinada pena, justificando a quantidade aplicada, atentando, especialmente, para os incisos I a IV do artigo 387 do Código de Processo Penal, e para os artigos 59 e 68 do Código Penal.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, João Ferreira de (Trad.). **Bíblia sagrada**: Gênesis 3.14-19. 71. impressão. Rio de Janeiro: Imprensa Bíblica, 1990, p. 37.

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

ALVES, Fábio Wellington Ataíde. **Critérios orientadores para a fixação da pena-base**: em busca da devida adequação ao princípio da proporcionalidade. Disponível em:

<http://www.esmarn.org.br/revistas/index.php/revista_teste/article/viewFile/220/250>. Acesso em 07 out. 2010.

BARREIROS, Yvana Savedra de Andrade. **As circunstâncias judiciais e a fixação da pena-base**. Disponível em: <<http://br.monografias.com/trabalhos909/pena-base/pena-base.shtml>>. Acesso em: 12.out.2010.

BITTENCOURT, Paulo Fernando Bacellar. **A aplicação da pena através de critérios matemáticos**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2098>>. Acesso em: 07 out. 2010.

BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 3. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

BRASIL. Corregedoria-Geral da Justiça. Estado do Paraná. **Código de Normas**.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Primeira Câmara Criminal. **Acórdão em Apelação Criminal n.º 462.564-3**. Relator: Juiz Substituto em Segundo Grau Mário Helton Jorge. DJ, 07 ago. 2008. Disponível em: <www.tj.pr.gov.br>. Acesso em: 06 ago. 2010.

CARVALHO NETO, Inácio de. **Aplicação da pena**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

COLLE, Juliana de Andrade. **Crítérios para a valoração das circunstâncias judiciais (art. 59, do CP) na dosimetria da pena.** Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6232&p=2>>. Acesso em: 12 out. 2010.

DELMANTO, Celso *et al.* **Código penal comentado.** 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

DIAS, Clara. **Princípios norteadores do processo penal brasileiro.** Disponível em: <<http://www.webartigos.com/articles/5262/1/Principios-Norteadores-Do-Processo-Penal-Brasileiro/pagina1.html#ixzz12HVx3iYg>>. Acesso em: 15 out. 2010

DOS SANTOS, Juarez Cirino. **Direito penal:** parte geral. Curitiba: Lumen Juris, 2006.

DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal:** parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Aurélio XXI:** o dicionário da língua portuguesa. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

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

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de. **Direito penal – parte geral.** 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

JANSEN, Euler. **Manual de sentença criminal.** 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

MEHMERI, Adilson. **Noções básicas de direito penal – curso completo.** São Paulo: Saraiva, 2000.

MIRABETE, Julio Fabbrini. FABBRINI, Renato N. **Manual de direito penal - parte geral.** v. 1. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena.** 2. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro** - parte geral. v. 1. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SCHMITT, Ricardo Augusto. **Sentença penal condenatória**: teoria e prática. 5. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Jus Podivm, 2010.

SILVA, Jorge Vicente. **Manual da sentença penal condenatória**: requisitos e nulidades. Curitiba: Juruá, 2004.

TRISTÃO, Adalto Dias. **Sentença criminal**: prática de aplicação da pena e medida de segurança. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro** - parte geral. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001