

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
BACHARELADO EM DIREITO**

KAROLINE LEAL SANTOS

**PENA-BASE: ANÁLISE DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DO ART. 59 DO
CÓDIGO PENAL BRASILEIRO**

**CURITIBA
2006**

KAROLINE LEAL SANTOS

**PENA-BASE: ANÁLISE DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DO ART. 59 DO
CÓDIGO PENAL BRASILEIRO**

Monografia apresentada ao curso de Bacharelado em Direito do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, como requisito para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Professor Rolf Koerner Júnior.

**CURITIBA
2006**

Expresso meus sinceros agradecimentos aos meus orientadores, Professor Rolf Koerner Jr. e Professor Nilton Bussi e a meu amigo Diógenes, pela inestimável ajuda na elaboração do presente trabalho.

Dedico este trabalho ao meu querido esposo Pedro e ao Professores Dr. Luiz Chemim Guimarães e Dr. Gilberto Ferreira.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	1
1 METODOS DE PUNIÇÃO ANTIGOS E MODERNOS.....	3
1.1 Fundamento.....	3
1.2 Métodos.....	4
2 FUNDAMENTOS E FINALIDADE DA PENA.....	5
2.1 Teoria garantista.....	5
2.2 Nova concepção da “defesa social”.....	7
2.3 Pena enquanto prevenção e retribuição.....	7
2.3.1 Da pena enquanto retribuição.....	8
2.3.2 Da pena como prevenção.....	8
2.4 A medida da pena e o tempo como pena.....	9
2.5 O sistema penal brasileiro.....	10
2.6 Pena justa.....	10
3 DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS RELACIONADOS.....	12
3.1 Princípio da humanidade e dignidade da pessoa humana.....	12
3.2 Princípio da legalidade.....	13
3.3 Princípio da personalidade da pena.....	13
3.4 Princípio da individualização da pena.....	14
3.5 Princípio da proporcionalidade.....	15
3.6 Princípio da suficiência.....	16
3.7 Princípio da necessidade de fundamentação das decisões judiciais.....	16
4 A EVOLUÇÃO DA LEGISLAÇÃO PENAL E DIREITO COMPARADO.....	18
4.1 A evolução da legislação penal brasileira e a reforma penal de 1984.....	18
4.2 Do direito comparado.....	20
4.2.1 Ordenamento Português.....	20
4.2.2 Ordenamento Espanhol.....	21
4.2.3 Ordenamento Argentino.....	21
4.2.4 Ordenamento Italiano.....	22
5 PENA-BASE E O SISTEMA TRIFÁSICO.....	23
6 CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS.....	25

6.1 Fixação da pena-base.....	27
6.2 Culpabilidade.....	28
6.2.1 Teorias acerca do conceito de culpabilidade.....	30
6.3 Antecedentes.....	32
6.4 Conduta social.....	27
6.5 Personalidade.....	41
6.6 Motivos do crime.....	44
6.7 Circunstâncias.....	48
6.8 Conseqüências do crime.....	48
6.9 Comportamento da vítima.....	49
7 MÉTODOS DE FIXAÇÃO DA PENA-BASE.....	54
8 AS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS E SUA VALORAÇÃO NO CASO CONCRETO.....	59
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	63
REFERÊNCIAS.....	67

INTRODUÇÃO

O tema tratado neste trabalho, as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, foi eleito para ser discutido em razão de sua grande influência na fixação da pena do condenado, representando a primeira fase dessa fixação. A importância do tema será demonstrada por meio das pesquisas desenvolvidas, com base em leitura aprofundada da doutrina e jurisprudência e de suas implicações no Direito Penal brasileiro. Apesar disso, não há por que deixar de se apresentar desde já uma análise prévia sobre a importância das circunstâncias judiciais e suas características históricas.

Como é sabido, desde que se formou a coexistência humana organizada, existiram regras, normas de conduta e penalizações aplicadas àqueles que insistiam em agir em desacordo com o que estava estipulado como normas de conduta social.

Ainda hoje o próprio homem tenta decifrar o comportamento humano, e isso se vê no constante surgimento de ciências pragmáticas, mais prematuras que a filosofia ou que a sociologia, como a psiquiatria médica ou a psicologia.

Todavia, não é possível prever a conduta humana, mas é necessário que existam regras de conduta que irão servir de base para as ações da maioria. Nada impede, entretanto, que alguns resolvam violar essas regras socialmente impostas, e, entretanto, essa situação deverá ser combatida de alguma maneira, sob pena de se colocar em risco toda a organização social.

Para prevenir tais condutas indesejadas é que o homem criou regras e punições, sejam elas meramente morais, religiosas ou até mesmo regras escritas e sistematizadas, como as do direito.

A punição penal é a principal das punições, porque a conduta criminosa encontra maior reprovção social e, por isso, merece ser combatida com mais ardor.

Entretanto, prega-se que deverá essa punição ser adequada e justa acima de tudo. A pena justa será aquela que estiver em conformidade com os princípios constitucionais como o da dignidade da pessoa humana, proporcionalidade, individualização, entre outros.

Seguindo esses princípios, percebeu-se que a conduta humana é ainda mais complexa. Condutas iguais, se criminosas, devem ser combatidas, mas isso não significa que seus agentes sejam também iguais, suas características pessoais e suas

motivações serão distintas. Assim, a punição só será adequada se estiver em acordo com o crime e com a pessoa do criminoso.

A análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do CP dará início ao processo de individualização da pena. Cada uma das oito circunstâncias descritas ajudará a encontrar as características únicas do crime e do criminoso, pois, como veremos cada crime, assim como cada ser humano é diferente dos demais.

Essa análise estará nas mãos do magistrado o que implica grande responsabilidade, dizemos que aí haverá um espaço livre, certa discricionariedade da qual se servirá o Juiz.

Essa discricionariedade será limitada à análise de cada circunstância judicial proposta pelo legislador; a correta análise da culpabilidade, conduta social, personalidade, antecedentes, circunstâncias, motivos, conseqüências do crime e comportamento da vítima proporcionará ao réu uma punição justa e individualizada e a não observância dessas circunstâncias levará à nulidade da sentença; a falta de análise ou a análise mal feita ou mal fundamentada deverá resultar na reforma da sentença penal.

A falta de preparo técnico dos juízes que não têm, compreensivamente, conhecimentos em outras áreas como a psicologia, a sociologia etc. não lhes serve de esQUIVA, pois o magistrado estará obrigado a julgar, mesmo fora de seus conhecimentos e isso, muitas vezes, poderá levar a injustiças. A pena-base será o reflexo desse despreparo e, se for injusta, contaminará a pena final.

Pretende-se traçar um panorama geral, primeiramente acerca dos aspectos históricos dos conceitos envolvidos, principalmente acerca do conceito de pena, e, após, sobre os princípios constitucionais relacionados ao tema.

Como objetivo específico, pretende-se levantar pontualmente os problemas existentes na aplicação em cada circunstância judicial e que trarão dificuldades ao julgador.

Por derradeiro, pretende-se trazer à tona os pensamentos de estudiosos da área e o entendimento da jurisprudência pátria acerca do tema.

1 METODOS DE PUNIÇÃO ANTIGOS E MODERNOS

1.1 Fundamento

A vida em sociedade, como nos ensina a sociologia, existe desde que surgiram as normas de conduta estipuladas entre os homens e acordadas no chamado “contrato social”; nesse momento o ser humano abdicou de algumas liberdades, teve reduzido seu livre arbítrio em prol de uma convivência pacífica entre os homens.

Mas, como bem asseverou Cesare BECCARIA:

Ninguém faz graciosamente sacrifício de uma parte de sua liberdade apenas visando o bem público. Tais fantasias somente existem nos romances. Cada homem somente por interesses pessoais está ligado a diversas combinações políticas deste globo; e cada um desejaria, se possível, não estar preso pelas convenções que obrigam os demais homens.¹

Conforme esse raciocínio, o homem abre mão de parte de sua liberdade em prol do bem próprio em primeiro plano e em prol do bem comum apenas em segundo plano.

O homem, assim, aceita e cria regras de conduta e métodos de punição a serem aplicados aos desviantes, primeiramente com base no seu interesse individual em manter seu relativo estado de paz e, por último ou por consequência, para manter a paz social².

Mas onde estaria fundamentado esse direito de punir?

BECCARIA defende que o fundamento do direito de punir estaria na reunião de todas as pequenas parcelas de liberdade cedidas pelos homens, na formação do chamado contrato social.

Assim, afirma o referido autor, apenas as leis podem indicar punições, devendo essas serem criadas pelo legislador, representante da sociedade ligada por um contrato social.³

O soberano que cria leis deve se submeter a elas e de maneira alguma poderá também aplicá-las, reservando-se tal tarefa a um terceiro poder que decidirá com neutralidade no caso concreto.

¹ BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e Das Penas**, p. 8.

² *Ibidem*, pp. 18-19.

³ *Ibidem*, pp. 18-19

1. 2 Métodos

Se na antiguidade achou-se por bem punir aqueles que realizavam uma conduta delituosa por meio de penas cruéis e difamantes, hoje isso é algo considerado ilegal, repugnante e ineficaz.

Conforme explica o Professor Oswaldo Henrique Duek MARQUES, a mudança na mentalidade social que permitiu o abrandamento das penas se deu a partir da obra de Cesare BECCARIA, em “Dos delitos e das penas”, publicado em 1764.⁴

Segundo o supracitado autor, Cesar BECCARIA foi reconhecido como o primeiro abolicionista da pena de morte, por considerá-la cruel e ineficaz à prevenção geral.

BECCARIA insurgiu-se de forma abrangente contra as injustiças do absolutismo do século XVIII. Defendeu o abrandamento das penas sob o seguinte fundamento. As penas que vão além da necessidade de manter o depósito da salvação pública são injustas por sua natureza; e tanto mais justas serão quão mais sagrada e inviolável for a segurança e maior a liberdade que o soberano propiciar aos súditos.⁵

A nova visão do ser delinqüente enquanto ser humano digno, que deve ter seus direitos humanos respeitados e que merece ser reenquadrado à vida em comunhão após o devido cumprimento da pena, foi conquistado aos poucos, durante a evolução de nossa sociedade.

Foi a partir desse momento que se viu a importância de pensar uma punição adequada, que servisse para prevenir novos delitos e, ao mesmo tempo, desse a correta retribuição penal ao crime cometido, mantendo-se o respeito ao ser humano e à sua liberdade com vistas à dignidade da pessoa humana.

⁴ MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. **Fundamentos da Pena**, p. 52.

⁵ *Ibidem*, p. 52

2 FUNDAMENTOS E FINALIDADE DA PENA

2.1 Teoria garantista

Antes de discutirmos as teorias mais recentes acerca da pena, seu fundamento e finalidade, temos que estar atentos ao que existe por trás dessas teorias.

Alguns juristas, entre eles Luigi FERRAJOLI, Eugenio Raúl ZAFFARONI e Salo de CARVALHO, defendem a desnecessidade de uma teoria da pena.

Defensores do chamado garantismo, esses autores alegam que há uma distância grande entre a legitimação produzida pela dogmática e o poder punitivo que na verdade não é exercido pela autoridade judiciária e sim pelos aparatos da burocracia administrativa que condicionam a criminalização e a punição.⁶

Saulo de CARVALHO acrescenta que:

...negar as teorias das penas possibilitaria eliminar do discurso penal o viés declarado (e não cumprido) que mascara a real funcionalidade da sanção penal, retomando seu identificador essencial, que radica na esfera política. Em suma: pena é manifestação fática, em essência política, isenta de qualquer fundamentação jurídica racional. Tal como a guerra – modelo sancionatório das relações políticas internacionais – a pena caracteriza-se como meio extremo e cruel, isento de justificativa jurídica.⁷

Defende ainda que:

As doutrinas justificativas sofrem de um grande vício ideológico e metafísico que se traduz em um vício dogmático, responsável pelo discurso falacioso centrado na cisão entre o modelo teórico-normativo e a efetividade política da sanção. Assim, este vício consiste em identificar, no plano filosófico, um determinado objetivo que justifique o direito penal em abstrato, e depois em assumi-lo justificado por qualquer direito penal concreto: em outras palavras, na troca do “ser” efetivo do direito penal com o seu “dever ser” normativo, como é enunciado na doutrina de justificação proposta.⁸

Pregam ainda os mencionados doutrinadores, que se está diante de um processo de minimalização da punição, através do direito penal mínimo, como forma de controlar o poder punitivo e reduzir a violência punitiva estatal, em prol da defesa

⁶ CARVALHO, Salo de. **Aplicação da Pena e Garantismo**, p. 144.

⁷ *Ibidem*, p.144.

⁸ *Ibidem*, p.145.

do mais fraco que “...no momento do delito é a parte ofendida, no momento do processo é o réu e no momento da execução é o condenado.”⁹

O chamado discurso de “Defesa Social” invocado por muitos ao tentarem explicar a punição, terá de ser relativizado em prol de uma política de proteção não mais da maioria, mas da minoria marginalizada.

Segundo já escreveu BECCARIA, as leis sempre foram criadas por uma minoria para garantir maior bem-estar possível à maioria.

Uma minoria desviante, que pratica atos de reprovação e ameaça social, é punida em prol da defesa social, da defesa da maioria. Aqui a pena assume caráter de tutela social.

O novo modelo de fundamentação garantista da pena tem viés contrário, ou seja, é um modelo sancionador que nega a vontade ilimitada à maioria e protege o mais débil e seus direitos fundamentais:¹⁰

Garantirismo, portanto, significa precisamente a tutela dos valores e direitos fundamentais, mesmo contra o interesse da maioria, é o fim justificante do direito penal: a imunidade dos cidadãos contra a arbitrariedade das proibições e das punições, a defesa dos fracos mediante regras do jogo iguais para todos, a dignidade da pessoa do imputado e, portanto, a garantia de sua liberdade através do respeito de sua verdade.¹¹

Não se pode, portanto, colocar a chamada “defesa social” (argumento muitas vezes utilizado para justificar sanções penais e a exclusão do delinqüente) acima dos direitos e garantias individuais consagrados pelo Estado Democrático de Direito.

Nessa nova visão, os direitos humanos fundamentais são colocados no lugar onde devem estar, e assumem, portanto, a função de limitar o direito penal.

Está-se, portanto, diante de um novo paradigma, o direito penal e o poder de punir partindo da perspectiva da minoria, dos destinatários diretos da lei, dos direitos e garantias individuais dessa minoria desviante e não mais unicamente a partir do interesse da maioria, da “defesa social” (defesa social na acepção antiga).¹²

⁹ *Ibidem*, p.20.

¹⁰ *Ibidem*, p.150.

¹¹ *Ibidem*, p.150.

¹² *Ibidem*, p.150.

2.2 Nova concepção da “defesa social”

O ilustre Professor Oswaldo Henrique Duek MARQUES faz referência à chamada teoria socializadora que teria se consolidado após a Segunda Grande Guerra, como uma corrente humanitária de Defesa Social que “traz para o Direito Penal uma nova concepção de defesa social, outrora limitada à proteção da sociedade, por meio da segregação do delinqüente pelo maior tempo possível”¹³. Essa nova visão se assemelha á teoria garantista - minimalista ao postular pela individualização da pena, com vistas à reinscrição social do delinqüente e advoga uma intervenção mínima do Direito Penal limitada à necessidade de proteção dos bens jurídicos fundamentais.¹⁴

Entretanto, esse pensamento encontra resistência nos movimentos contemporâneos de “lei e ordem”, que atribuem o aumento da criminalidade ao tratamento benigno imposto aos infratores. “Por isso os defensores desses movimentos postulam não só penas privativas de liberdade de longa duração, cumpridas com rigor carcerário, como também, o retorno da pena de morte, na crença da eficácia preventiva do poder intimidativo das sanções penais”.¹⁵

Não obstante, tal raciocínio está equivocado, conforme esclarece o referido autor, ao afirmar que a prevenção de crimes, ao contrário, só se dá através de uma política criminal racional, capaz de enfrentar as verdadeiras causas da criminalidade.¹⁶

Acreditar que a punição deva ser a maior possível está longe de ser a medida adequada para evitar novos delitos e para obter a ressocialização do condenado. O risco é ainda maior ao trancafiar alguém em uma cela minúscula, com inúmeros condenados, em condições subumanas, proporcionado a esses seres um único passatempo, o de se revoltarem e aprenderem as lições da maior escola do crime.

2.3 Pena enquanto prevenção e retribuição

Após termos tido essa breve introdução, passaremos a analisar com mais cuidado e com um olhar mais crítico, as duas principais teorias construídas e

¹³ MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. **Fundamentos da Pena**, p. 115.

¹⁴ *Ibidem*, p.115

¹⁵ *Ibidem*, p.115

¹⁶ *Ibidem*, pp.115/116.

vigorantes nos dias atuais e que tentam explicar a punição segundo a análise de sua finalidade.

São duas as teorias matrizes acerca do fundamento da punição penal, a teoria da pena enquanto prevenção (geral e especial) e a teoria da pena enquanto retribuição ao mal causado.

2.3.1 Da pena enquanto retribuição

Conforme defende o Professor Doutor Juarez Cirino dos SANTOS a pena enquanto retribuição do crime representa a imposição de um mal justo contra o mal injusto do crime, necessária para realizar justiça e restabelecer o Direito.¹⁷

Nosso sistema jurídico penal adota o fundo retribucionista das penas a partir das teorias e princípios em torno da necessidade de proporcionalidade entre o mal causado e a punição aplicada.

Segundo o Professor René Ariel DOTTI, um exemplo eloqüente da posição retribucionista de nosso direito está na previsão do chamado “perdão judicial”, para as hipóteses de homicídio e, ou lesão corporal culposa, se as conseqüências do da infração atingir o próprio agente de forma tão grave que a sanção penal se torne desnecessária, (CP arts. 121, §5, e 129, §8).¹⁸

2.3.2 Da pena como prevenção

A prevenção do crime também é defendida como fim da pena. A teoria da prevenção se divide em funções distintas, mas unidas e presentes mutuamente na finalidade da punição. São as chamadas funções de prevenção especial e prevenção geral da pena.

A prevenção especial, segundo essa teoria, teria o efeito de evitar que o criminoso torne a cometer delitos e seria decorrente da aplicação da pena, através da sentença penal, individualizada, conforme necessário e suficiente para prevenir o

¹⁷ SANTOS, Juarez Cirino Dos. **Teoria da pena: fundamentos políticos e aplicação judicial**, p.03

¹⁸ DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal – parte geral**, p. 441.

crime.¹⁹ Outro objetivo seria a promoção da harmônica integração social do condenado.

A prevenção geral é o modo pelo qual o Estado espera desestimular pessoas a praticarem crimes pela ameaça da pena.

2. 4 A medida da pena e o tempo como pena

Mas como medir a gravidade de um crime com a absoluta certeza de se encontrar a punição adequada e individualizada, suficiente e necessária para prevenir a prática delituosa e ao mesmo tempo retribuir o mal causado?

Já defendeu BECCARIA que não é a intensidade da pena e sim sua extensão que tem efeito maior na alma humana.²⁰ Isso é inquestionável no que tange as penas privativas de liberdade, medidas pelo tempo; e no caso das penas de restrição de direitos ou penas alternativas, de prestação de serviços social, por exemplo?

A afirmativa mais adequada a esse respeito seria outra, como bem asseverou Juarez Cirino dos SANTOS ao mencionar que não seria a gravidade da pena ou o rigor da execução penal, mas a certeza (ou a probabilidade ou o risco) da punição que desestimularia o autor de praticar crimes.²¹

Reforçando, portanto, ao contrário do que muitos já defenderam no passado, ou até mesmo nos dias atuais (cito o exemplo das penas exageradas impostas pela lei dos crimes hediondos) não é a intensidade da pena aplicada que irá cumprir com este papel, mas sim a certeza de sua aplicação.

Para Juarez Cirino dos SANTOS o que se extrai dessas leis que estabelecem punições exageradas é a manifestação de uma espécie de terrorismo estatal; o autor cita como exemplo a Lei de Crimes Hediondos e afirma que essa frustrada inovação do legislador brasileiro, segundo a natureza exemplar da pena como prevenção geral negativa, viola a dignidade humana porque acusados reais são punidos de forma exemplar para influenciar a conduta de criminosos potenciais, ou seja, aumenta-se injustamente o sofrimento de acusados reais para desestimular o

¹⁹ SANTOS, Juarez Cirino Dos. **Teoria da pena: fundamentos políticos e aplicação judicial**, pp. 6-7.

²⁰ BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e Das Penas**, p. 73.

²¹ SANTOS, Juarez Cirino Dos. **Teoria da pena: fundamentos políticos e aplicação judicial**, p.9.

comportamento criminoso de acusados potenciais.²²

2.5 O sistema penal brasileiro

O sistema penal brasileiro adota as teorias da prevenção e da retribuição unificadas ao determinar a aplicação da pena “conforme seja necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do crime (art. 59, CP)”.

Segundo Juarez Cirino dos SANTOS, a reprovação exprimiria a idéia de retribuição da culpabilidade, a prevenção especial exprimiria a neutralização e correção do autor e, por último, a prevenção geral seria garantidora da intimidação e da manutenção/reforço da confiança na ordem jurídica.²³

2.6 Pena justa

O direito evoluiu e com ele o direito penal. Seguindo essa evolução, percebeu-se que a conduta humana é ainda mais complexa. Como já exposto anteriormente, a mesma conduta, se criminosa, deve ser combatida, mesmo que os agentes sejam seres humanos diferentes e suas motivações diversas. Entretanto, a punição só será adequada (retribuição) se realmente for justa e servir para o (s) fim (ns) ao qual se propõe, o de recuperar a pessoa do criminoso (prevenção especial), o de evitar um novo mal (prevenção geral), através de uma política criminal de limitação do poder punitivo (legislação penal mínima - minimalismo), tudo isso em conformidade com os direitos e garantias fundamentais do ofensor.²⁴

Os critérios para se chegar à punição adequada, segundo todos os pressupostos acima mencionados, será, primeiramente, o do respeito à cominação legal da pena, ou seja, a punição prevista pelo legislador para determinado delito; em segundo lugar, deveremos seguir os princípios norteadores do direito penal, principalmente aqueles previstos na Constituição Federal, os quais serão adiante analisados; em terceiro, deverá ser feita a análise das circunstâncias judiciais do

²² SANTOS, Juarez Cirino Dos. **Teoria da pena: fundamentos políticos e aplicação judicial**, p. 10.

²³ *Ibidem*, p.13.

²⁴ CARVALHO, Salo de. **Aplicação da Pena e Garantismo**, pp.19-30.

artigo 59 do Código Penal (onde há maior espaço para a discricionariedade do julgador); em seguida far-se-á a análise das circunstâncias legais, definição da espécie de pena a ser aplicada dentre as previstas e o regime inicial de cumprimento.

3 DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS RELACIONADOS

3.1 Princípio da humanidade e dignidade da pessoa humana

Segundo Fernando CAPEZ, o princípio da humanidade está presente em várias passagens da Constituição Federal, principalmente quando esta dispõe sobre:

I - a vedação da tortura, do tratamento desumano ou degradante (art. 5, III);

II - proibição da pena de morte, prisão perpétua, trabalhos forçados, penas de banimento e penas cruéis (art. 5º, XLVII);

III - o respeito e proteção à figura do preso (art. 5º, XLVIII, XLIX e L);

IV - normas que tratam da prisão processual (art. 5º, LXI, LXII, LXIII, LXIV, LXV e LXVI).

A Constituição Federal brasileira traz em seu art. 1, inciso III, como fundamento do Estado Democrático de Direito o princípio da dignidade da pessoa humana. Esse princípio norteador se liga ao princípio da humanidade no que se refere ao tratamento humano.

A Constituição Federal é uma constituição humana, no sentido de colocar em evidência o ser humano, seus direitos e garantias, através de regras e princípios. Isso fica evidente quando nos dirigimos ao artigo 5º e seus incisos.

Tais regras são manifestações do princípio da dignidade humana e visam garantir o tratamento adequado ao ser humano, estendendo-se aos presos e condenados.

Conforme ensina Fernando CAPEZ, para o Estado Democrático de Direito, o princípio da dignidade da pessoa humana é fundamental e deverá regular todo o sistema penal. Desse modo, tudo que vier a violar esse princípio, será inconstitucional.²⁵

Do princípio da dignidade da pessoa humana resultarão outros princípios constitucionais do Direito Penal que serão limitadores do poder de tipificação criminal do legislador. Desse modo, tanto o legislador ao eleger condutas típicas como o operador do direito deverão verificar, primeiramente, se aquela determinada conduta atenta contra a dignidade da pessoa humana ou viola os princípios dela

²⁵ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal.** - parte Geral, pp.12-13.

decorrentes. Se não for assim, não haverá conduta criminosa e a norma que tipifica a conduta será inconstitucional.

Assim, conclui Fernando CAPEZ, “a criação do tipo e a adequação da conduta ao tipo devem operar-se em consonância com os princípios constitucionais do Direito Penal, os quais derivam da dignidade humana que, por sua vez, encontra fundamento no Estado Democrático de Direito.”²⁶

3.2 Princípio da legalidade

Para que a punição seja justa, primeiramente, é imprescindível que a conduta delituosa seja previamente estipulada (CF, art. 5, XXXIX, “*não há crime sem lei anterior que o defina*”), antes da existência do crime, seja de caráter geral, ou seja, aplicável a qualquer que venha a cometer o mesmo delito, e ainda, que a pena já esteja prevista, ou ao menos que já se tenha definido o tipo de punição e a base de sua quantificação.

3.3 Princípio da personalidade da pena

Assim dispõe o artigo 5º, XLV da Constituição Federal:

...nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação de perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido²⁷.

O artigo 5º, XLV, da CF, conforme afirma o Prof. René Ariel DOTTI, não mostra um princípio com a clareza e a segurança de outras garantias constitucionais, já que dificilmente a pena não passará da pessoa do condenado, se pensarmos nas conseqüências morais e materiais que geralmente atingem os familiares ou pessoas próximas à pessoa do condenado. O referido autor defende ser esse princípio, na verdade, um dogma.²⁸

²⁶ *Ibidem*, p. 13.

²⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, p. 78.

²⁸ DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal** – parte geral, p. 440.

3.4 Princípio da individualização da pena

CF, art. 5, inc XLVI – “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*”²⁹

Podemos afirmar que esse princípio é de extrema importância para este trabalho, junto ao mais amplo princípio da dignidade da pessoa humana, posto que está intimamente correlacionado ao artigo 59 do CP, devendo ser obrigatoriamente observado quando da fixação da pena-base.

Para o Prof. 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 quantidade e a qualidade da sanção, mas em se tratando de pena privativa de liberdade, a indicação do regime inicial”.³⁰

Desse princípio se extrai que, ao lado da medida proporcional de pena a ser aplicada, devem ser observadas outras normas que garantam a exata medida dessa punição, em acordo com a pessoa criminosa, suas motivações, características próprias e pessoais relevantes.

Assim, para cada crime há uma pena que varia de acordo com a personalidade do agente, o meio de execução, o comportamento da vítima etc.

Segundo ensina Luiz LUISI, “o processo de individualização da pena se desenvolve em três momentos complementares: o legislativo, o judicial e o executório ou administrativo”³¹, ou seja, a individualização se inicia na criação da norma penal, atravessa a fase judicial de fixação da pena e condenação e continua na execução da pena (regimes, progressão etc.).

Assim, defende-se que a individualização da pena se completa em diferentes momentos: primeiramente na fase de fixação da espécie de pena (privativa de

²⁹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, p. 78.

³⁰ DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal – parte geral*, pp. 440-441.

³¹ LUISI, Luiz. *Os Princípios Constitucionais Penais*, p. 37 *et seq.*

liberdade ou restritiva de direitos); após, na fixação da quantidade de pena e o regime inicial (se em pena privativa de liberdade, o tempo de reclusão ou detenção) e também na fase de execução da pena imposta.

O Código Penal traz em seu corpo (parte geral) regras para se chegar à punição adequada, estabelecendo o sistema trifásico para a aplicação da pena.

Há uma espécie de sistema interligado de normas que irá levar o julgador a encontrar, dentre os critérios estipulados, limites mínimos e máximos e as quantidades já pré-fixadas de aumento e diminuição (causas especiais de aumento ou diminuição) a punição mais adequada ao caso.

Além de regras gerais, devem-se também aplicar outras normas que garantam a exata medida dessa punição, em acordo com a pessoa criminosa, suas motivações, características próprias e pessoais relevantes. Eis aqui a importância das circunstâncias legais (atenuantes e agravantes) e, em especial, das judiciais (culpabilidade, conduta social, antecedentes, personalidade, conseqüências, motivos, circunstâncias do crime e comportamento da vítima). Só com a observância correta dessas circunstâncias se chegará à pena individualizada, justa e eficaz.

3.5 Princípio da Proporcionalidade

Conforme já foi dito anteriormente, o nosso sistema penal adota o fundo retribucionista das penas, ou seja, a pena deve retribuir ou compensar a ofensa causada pelo crime.

Segundo o prof. René Ariel DOTTI, “a pena deve retribuir juridicamente a culpabilidade do autor da conduta típica e ilícita. Em última instância ela é o efeito de uma causa e deve guardar uma possível relação de proporcionalidade entre mal do ilícito e o mal da ação”.³²

Ainda, segundo o referido autor, “será a Política Criminal que, orientando a atividade legiferante, comina as sanções respectivas para cada tipo de ilícito e fornece critérios normativos para que a proporcionalidade possa ser aferida, como se verifica nos artigos 59 e 60 do CP”.³³

³² DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal** – parte geral, p. 441.

³³ *Ibidem*, p. 441.

Segundo Fernando CAPEZ, “para o princípio da proporcionalidade, quando o custo for maior do que a vantagem, o tipo será inconstitucional, porque contrário ao Estado Democrático de Direito”, ou seja, a criação de tipos penais deve refletir alguma compensação à coletividade.³⁴ Deste modo, não podem ser criados tipos penais que tragam mais ônus, mais temor, mais limitação do que benefícios sociais.

Igualmente, a resposta punitiva (pena) deve ser proporcional ao mal causado ao corpo social, à extensão do dano, não sendo admitidas penas idênticas para crimes de lesividades distintas.

3.6 Princípio da suficiência

Este princípio é colorário ao princípio da proporcionalidade quando se diz que a pena deverá ser necessária e suficiente para prevenir e reprovar o crime.

3.7 Princípio da necessidade de fundamentação das decisões judiciais

A nossa atual Carta Magna consagra em seu art. 93, inciso IX que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes”. Trata-se de expressa manifestação do princípio constitucional de que toda decisão judicial deva trazer consigo uma fundamentação plausível que justifique tal decisão, impondo limites ao poder discricionário do magistrado, principalmente em situações em que os bens maiores, como a liberdade humana, restem ameaçados.

Tal raciocínio se aplica em especial ao momento de fixação da pena-base, quando o magistrado deve indicar as circunstâncias judiciais uma a uma, a fim de dizer como chegou ao cálculo da pena-base e à valoração dada a cada circunstância, fundamentadamente.

³⁴ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal.**- parte Geral, pp. 15-16.

Segundo Salo de CARVALHO, “a obrigatoriedade da fundamentação dos pronunciamentos jurisdicionais deve ser entendida como uma das garantias do cidadão inerentes ao próprio conceito de Estado Democrático de Direito”.³⁵

Não há como se discutir a natureza jurídica do ato de fixação da pena-base, uma vez que se trata, incontestavelmente, de uma fase da decisão judicial de grande peso e de suma importância. Em se tratando de direito penal e do poder de punir, não se deve brincar com a vida e a liberdade humana, sob pena de se aniquilar os princípios fundamentais de um Estado de Direito, consagrados na Constituição Federal e que, por tal motivo, são imperiosos.

Assim, conforme o critério jurisprudencial atual, a sentença condenatória sempre que não observar o sistema trifásico e não trazer devidamente justificada a imposição da pena-base acima do mínimo legal, deverá ser anulada.

Não obstante, a tendência jurisprudencial é a de não considerar nula a sentença não fundamentada que tenha fixado a pena no mínimo legal, por não haver a princípio prejuízo ao réu.

Tal entendimento, entretanto, deixa de levar em conta um dado importante, qual seja, a necessidade de se justificar igualmente a pena no mínimo, já que também é direito da acusação conhecer as razões pelas quais a pena foi fixada no mínimo.³⁶

Destarte, diante do que foi exposto, deve-se ter em mente que este princípio de extrema importância não poderá ser esquecido pelo magistrado no momento de determinação da correta punição penal.

³⁵ CARVALHO, Salo de. **Aplicação da Pena e Garantismo**, p. 33.

³⁶ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A Motivação das Decisões Judiciais**, p. 217.

4 A EVOLUÇÃO DA LEGISLAÇÃO PENAL E DIREITO COMPARADO

4.1 A evolução da legislação penal brasileira e a reforma penal de 1984

No início de nosso sistema penal a aplicação da pena se resumia meramente a cálculos matemáticos, não havia espaço para atuação do juiz; este devia apenas seguir um cálculo aritmético na fixação da pena. A esse momento se seguiu uma grande evolução que abriu espaço para a atuação do juiz nos dizeres, *in verbis*, de Josemar Dias CERQUEIRA.

No lento evoluir da questão da dosimetria da pena, pode-se perceber que lentamente foram retiradas do julgador as amarras que impediam a individualização da pena, a ser entendida, conforme Anabela Miranda, como sendo a "adequação da punição não só à personalidade do condenado, como também a todos os aspectos significativos que o crime apresenta, quer no plano subjetivo quer objetivo."³⁷

À época das chamadas ordenações brasileiras (Alfonsinas, Manuelinas e Filipinas), no entanto, ocorria justamente o contrário, o poder de estipular a pena estava sob amplo poder do Julgador. Essas ordenações que vigoraram no Brasil, entre os anos de 1500 e 1600, apenas repetiram as barbaridades praticadas na época medieval, ou seja, mantiveram as penas cruéis e a completa onipresença do julgador sobre o condenado.³⁸

O primeiro Código Penal brasileiro, o Código Penal do Império, entrou em vigor em 1830, evolui segundo o pensamento iluminista da época, mas não proibiu completamente as punições cruéis.

Nos dizeres de Josemar Dias CERQUEIRA, "esse código introduziu no Brasil, através do art. 63, o sistema de margens penais (pena mínima e pena máxima) vigorando para a dosimetria os graus preestabelecidos: mínimo, médio e máximo."³⁹

Em 1890, sobreveio o Código Penal da República que, além de extinguir as penas cruéis, inovou ao estipular graus sub-médio e sub-máximo.

O mencionado autor explica que, muito embora tenha havido uma grande evolução, ainda havia um "desprezo completo pela particularidade do caso e do

³⁷ CERQUEIRA, Josemar Dias. Dosimetria. **Da Pena: História e Direito Comparado**, p.3.

³⁸ *Ibidem*, pp. 3-4.

³⁹ *Ibidem*, p. 4.

infrator, o método utilizado levava a penas absurdas, de até frações de horas, retirando do magistrado qualquer influência na adequação da pena”.⁴⁰

A graduação da pena em nada tinha a ver com o crime ou com o criminoso, nem era o juiz que a determinava, tudo isso era feito mediante regras aritméticas.

Foi apenas com o advento do Código Penal de 1940, influenciado pelo Código italiano, que houve alguma atribuição de poder ao juiz no momento da fixação da pena, com o intuito de individualizá-la, conforme a pessoa do delinqüente.⁴¹

O art. 42 desse Código estipulava os critérios a serem seguidos pelo magistrado, devendo este analisar os antecedentes (aqui estava incluída o que hoje chamamos de conduta social), a personalidade, intensidade do dolo ou grau de culpa (hoje se usa o termo de culpabilidade), os motivos e as circunstâncias do fato típico.

A partir desses critérios, incluiu-se no código de 1984, como circunstâncias a serem analisadas pelo juiz, o comportamento da vítima e a conduta social.⁴²

A partir da reforma penal de 1984, portanto, adotou-se expressamente o sistema trifásico, pondo fim à disputa doutrinária entre os posicionamentos de Roberto LYRA e Nelson HUNGRIA; o primeiro, defensor do critério bifásico (circunstâncias judiciais e legais não se distinguem, são objeto de análise conjunta em um único momento); o segundo, defensor do sistema trifásico nos moldes atuais, conforme artigo 68 do Código Penal atual.⁴³

Para Nelson HUNGRIA, nas circunstâncias judiciais coagulam-se considerações objetivas e subjetivas do agente, o mal externo e interno do delito, a quantidade e a qualidade do injusto culpável, ou seja, há uma distinção entre circunstâncias judiciais e agravantes, atenuantes e causas de especial aumento ou diminuição que já vêm especificadas em lei.⁴⁴ Tal mudança se refletiu nas sentenças judiciais:

Penal. Recurso Especial. Fixação da pena. Critério trifásico, inobservância, Nulidade da sentença.

Após a reforma introduzida pela lei. 7.209/84, o nosso estatuto punitivo instituiu o método trifásico na aplicação da pena, operando-se em fases sucessivas que se inicia pela fixação da pena-base com o exame das

⁴⁰ CERQUEIRA, Josemar Dias. Dosimetria. **Da Pena: História e Direito Comparado**, p.4-5.

⁴¹ KUEHNE, Maurício. **Teoria e Prática da Aplicação da Pena**, p.171.

⁴² GALVÃO, Fernando. **Aplicação da Pena**, pp.75-80.

⁴³ KUEHNE, Maurício. **Teoria e Prática da Aplicação da Pena**, p.171.

⁴⁴ AZEVEDO, David Teixeira de. **Dosimetria da Pena: causas de aumento e diminuição**, p. 84.

circunstâncias judiciais do art. 59, seguindo-se à verificação das circunstâncias legais (agravantes ou atenuantes genéricas) e concluindo-se com a incidência das causas de aumento ou diminuição (majorantes ou minorantes, art. 68).

É nula a sentença que, numa só operação, fixa a pena definitiva em seis anos de reclusão pela prática de roubo praticado com o uso de arma de fogo (art. 157, §2º, I) sem distinguir o quantum de pena-base e percentual relativo à causa de aumento. Recurso Especial não conhecido. (REsp. 38.020/SP – Rel. Min. Vicente Leal – STJ – DJU 23.10.1995, p. 35.715). Jornal O Estado do Paraná, edição de 21 de jan. 1996. Direito e Justiça.⁴⁵

Ou seja, o sistema atual se resume a três etapas para a fixação da pena.

4.2 Do direito comparado

Conforme ensina Josemar Dias CERQUEIRA, nota-se que há critérios gerais de dosimetria da pena e, mesmo que existam pequenas diferenças entre a lei de diferentes países com suas peculiaridades próprias, existe um núcleo comum, voltado para o máximo de individualização possível.⁴⁶

Algumas diferenças poderão ser notadas, como por exemplo, a adoção, por algumas legislações, de elementos não previstos expressamente em nosso art. 59, tais como “condição econômica do agente” (Portugal) e “seu comportamento posterior ao ato” (Itália).

O que se desprende disso, no entanto, é que muito embora haja dissonâncias, o fato é que a preocupação de se individualizar a pena se mostra comum em todos, conforme poderemos inferir dos artigos estrangeiros correspondentes ao nosso artigo 59.

4.2.1 Ordenamento Português

Art. 71º Determinação da medida da pena (...) Na determinação concreta da pena o tribunal atende a todas as circunstâncias que, não fazendo parte do tipo de crime, depuserem a favor do agente ou contra ele, considerando, nomeadamente: a) O grau de ilicitude do facto, o modo de execução deste e a gravidade das suas conseqüências, bem como o grau de violação dos deveres impostos ao agente; b) A intensidade do dolo ou da negligência; c) Os sentimentos manifestados no cometimento do crime e os fins ou motivos que o determinaram; d) As condições pessoais do agente e a sua situação econômica; e) A conduta anterior ao facto e a posterior a este, especialmente quando esta seja destinada a reparar as conseqüências do

⁴⁵ KUEHNE, Maurício. **Teoria e Prática da Aplicação da Pena**, p. 175.

⁴⁶ CERQUEIRA, Josemar Dias. **Dosimetria Da Pena: História E Direito Comparado**, p.5 et seq.

crime; f) A falta de preparação para manter uma conduta lícita, manifestada no facto, quando essa falta deva ser censurada através da aplicação da pena.⁴⁷

4.2.2 Ordenamento Espanhol

Artículo 66. 1. En la aplicación de la pena, tratándose de delitos dolosos, los jueces o tribunales observarán, según haya o no circunstancias atenuantes o agravantes, las siguientes reglas: 1ª Cuando concorra sólo una circunstancia atenuante, aplicarán la pena en la mitad inferior de la que fije la Ley para el delito. 2ª Cuando concurren dos o más circunstancias atenuantes, o una o varias muy cualificadas, y no concorra agravante alguna, aplicarán la pena inferior en uno o dos grados a la establecida por la Ley, atendidos el número y la entidad de dichas circunstancias atenuantes. 3ª Cuando concorra sólo una o dos circunstancias agravantes, aplicarán la pena en la mitad superior de la que fije la Ley para el delito. 4ª Cuando concurren más de dos circunstancias agravantes y no concorra atenuante alguna, podrán aplicar la pena superior en grado a la establecida por la Ley, en su mitad inferior. 5ª Cuando concorra la circunstancia agravante de reincidencia con la cualificación de que el culpable al delinquir hubiera sido condenado ejecutoriamente, al menos, por tres delitos comprendidos en el mismo título de este Código, siempre que sean de la misma naturaleza, podrán aplicar la pena superior en grado a la prevista por la Ley para el delito de que se trate, teniendo en cuenta las condenas precedentes, así como la gravedad del nuevo delito cometido(...).⁴⁸

4.2.3 Ordenamento Argentino

Art. 40.-En las penas divisibles por razón de tiempo o de cantidad, los tribunales fijarán la condenación de acuerdo con las circunstancias atenuantes o agravantes particulares a cada caso y de conformidad a las reglas del artículo siguiente.

Art. 41.-A los efectos del artículo anterior, se tendrá en cuenta: 1º. la naturaleza de la acción y de los medios empleados para ejecutarla y la extensión del daño y del peligro causados; 2º. la edad, la educación, las costumbres y la conducta precedente del sujeto, la calidad de los motivos que lo determinaron a delinquir, especialmente la miseria o la dificultad de ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos, la participación que haya tomado en el hecho, las reincidencias en que hubiera incurrido y los demás antecedentes y condiciones personales, así como los vínculos personales, la calidad de las personas y las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión que demuestren su mayor o menor peligrosidad.⁴⁹

Anteproyecto de Código Penal. Parte General.

Comisión para la elaboración del proyecto de ley de reforma y actualización integral del Código Penal

ARTICULO 8º.- Fundamentos para la determinación de la pena. La determinación de la pena se fundamentará en la culpabilidad del autor o partícipe. Además se tendrá especialmente en cuenta:

⁴⁷ CERQUEIRA, Josemar Dias. *Dosimetria Da Pena: História E Direito Comparado*, p.5 *et seq.*

⁴⁸ *Ibidem*, p.5 *et seq.*

⁴⁹ *Ibidem*, p. 5 *et seq.*

- a) La naturaleza y gravedad del hecho, así como la magnitud del peligro o daño causados;
- b) La calidad de los motivos que impulsaron al responsable a delinquir, especialmente la miseria o la dificultad de ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos;
- c) La pluralidad, participación y grado de organización de las personas intervinientes en el hecho.
- d) Los propósitos del autor del hecho, en especial cuando fuere la persecución u odio a una raza, religión o nacionalidad o la destrucción de un grupo nacional, étnico, racial o religiosos;
- e) La mayor o menor comprensión de la criminalidad del hecho y la capacidad de decisión, valorando las demás circunstancias personales, en particular las económicas, sociales y culturales del responsable.⁵⁰

4.2.4 Ordenamento Italiano

Art. 133 - Gravità del reato: valutazione agli effetti della pena

Nell'esercizio del potere discrezionale indicato nell'articolo precedente, il giudice deve tenere conto della gravità del reato, desunta: 1) dalla natura, dalla specie, dai mezzi, dall'oggetto, dal tempo, dal luogo e da ogni altra modalità dell'azione; 2) dalla gravità del danno o del pericolo cagionato alla persona offesa dal reato; 3) dalla intensità del dolo o dal grado della colpa.

Il giudice deve tener conto, altresì, della capacità a delinquere del colpevole, desunta: 1) dai motivi a delinquere e dal carattere del reo; 2) dai precedenti penali e giudiziari e, in genere, dalla condotta e dalla vita del reo, antecedenti al reato; 3) dalla condotta contemporanea o susseguente al reato; 4) delle condizioni di vita individuale, familiare e sociale del reo.⁵¹

⁵⁰ http://www.derechopenalonline.com/index.php?id=19_289_0_0_1_0. disponível em 21/09/2006.

⁵¹ CERQUEIRA, Josemar Dias. *Dosimetria Da Pena: História E Direito Comparado*, pp.5-7.

5 PENA-BASE E O SISTEMA TRIFÁSICO

Conforme já explicitado anteriormente, observa-se que o Código Penal brasileiro adotou o critério trifásico para a fixação da pena, consoante art. 68 do referido estatuto legal que traz “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 de pena.”

Desse raciocínio compreende-se que a primeira fase da dosimetria da pena se dará com a análise dos critérios do art. 59 do Código Penal; a segunda fase se dará com a aplicação das circunstâncias legais (atenuantes e agravantes) e, por último, a dosimetria da pena se concluirá com a aplicação das causas de especial aumento e diminuição.

A fixação da pena-base deverá seguir todos os princípios de direito penal e constitucional já mencionados neste trabalho. Esta etapa da fixação da pena será de extrema importância, e influenciará de maneira determinante a medida final da pena.

Tal importância está no universo de liberdade que o art. 59, caput, proporciona ao Juiz para fixar medida da pena-base sobre a qual incidirão as agravantes, atenuantes e causas especiais de aumento ou diminuição.

Isso se explica porque, diferentemente do que ocorre com as causas especiais de aumento ou diminuição, o legislador, ao tratar das causas judiciais (art. 59, caput) não estipulou medidas a serem aplicadas e não previu um patamar de aumento ou diminuição em razão de cada circunstância (personalidade, conduta social, comportamento da vítima etc.).

Desse modo, à primeira vista, o juiz estará livre para fixar a pena-base, em análise subjetiva das circunstâncias judiciais, respeitado o limite de pena mínima e máxima prevista para o tipo penal em questão. Tal conclusão, entretanto, não é verdadeira, pois o que aparenta ser um espaço ilimitado de discricionariedade não o é se considerarmos todas as amarras às quais o julgador estará submetido.

Assim, o julgador deverá respeitar, além dos limites mínimo e máximo de pena prevista no tipo penal, os princípios constitucionais já mencionados, fundamentando sua decisão e justificando a valoração dada a cada circunstância considerada, demonstrando, sobretudo, no que se basearam (em quais fatos) as conclusões acerca dessas circunstâncias.

Tal raciocínio deverá ser feito em razão de cada crime, no caso de concurso de crimes ou crime continuado, mesmo que algumas ou todas as circunstâncias se mantenham as mesmas em relação a cada crime.

Assim, neste trabalho se buscará estudar todas as circunstâncias judiciais separadamente para deste modo vislumbrarmos a importância destas para a fixação da pena.

6 CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS

Conforme o já explicitado no tópico que tratou da individualização da pena, na aplicação da pena não pode existir um molde único para todos os criminosos, posto que não são iguais, possuem características diferentes e que devem ser estas consideradas essencialmente.

Tal pensamento surge em oposição às teses da criminologia mais antiga, quando se acreditava existir um tipo único de criminoso, um criminoso nato, identificável principalmente por sua aparência física, como ensinou LOMBROSO.

Seriam pois, estes criminosos, seres previsíveis, tendentes ou condenados à prática delituosa, por trazerem em si esse estigma.

Não obstante, a criminologia mais moderna abandonou estas teorias, passando a se fundar justamente na idéia oposta, admitindo que hipoteticamente em pode até mesmo existir tendência para o crime, mas nunca uma absoluta predisposição para o delito como um efeito fatal da herança ou influência do meio.⁵²

Dessa forma, conforme ensina ALVES DE BRITO, admite-se que o crime é um fenômeno biopsicosocial normal, produto de diversos fatores, como demonstra a fórmula atual do delito:

$$C = (P + MC) / SF$$

C = crime; P = Personalidade; MC = Mundo circundante; SF = Situação de fato (externa).

Desde então, trabalha-se com a idéia de que cada crime se diferencia, não apenas pelos fatores externos que variam caso a caso, mas também devido à personalidade do agente; cada indivíduo é um indivíduo e não se iguala a nenhum outro.

É desta idéia, portanto, que se retira a importância de se estudar cada circunstância envolvida no crime, sejam estas inerentes ao agente ou a fatores externos; a pena deverá ser adequada a cada caso, deve se moldar a estes

⁵² ALVES, Roque de Brito. *Criminologia*, p.25.

elementos de modo a individualizar a sanção penal, visando, assim, cumprir seus verdadeiros fins.

Ensina Francisco Vani BEMFICA que a pena não deve levar em conta apenas a gravidade objetiva do delito, mas sim as circunstâncias complementares da conduta, tais como a natureza ou a personalidade do delinqüente.⁵³

Aqueles que defendem esta idéia entendem que a individualização da pena deverá abranger diferentes aspectos da personalidade do agente, tais como fatores sociais, anormalidades, deficiências, sentimentos, qualidades, hereditariedades e outros.

Neste tópico voltaremos nossa atenção especificamente à segunda fase da individualização da pena, o momento da sentença, quando o magistrado atribui à pena sua atenção às condições peculiares do criminoso.

Nesse momento é que serão imprescindíveis as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, as quais serão analisadas de maneira a tentar se definir um juízo de valor acerca da conduta criminosa e, sobremaneira, acerca da pessoa do criminoso, para a determinação final da pena-base.

Tal preocupação é evidente, muito embora esta seja apenas a primeira fase da fixação da pena, considerando-se o sistema trifásico previsto no art. 68 do Código Penal; esta terá sua importância evidenciada principalmente porque existem crimes cometidos sem a presença de atenuantes, agravantes ou causas de especial aumento ou diminuição de pena. Nesses casos a pena-base se tornará definitiva, será esta a pena aplicada ao criminoso e sobre a qual recairão todas as conseqüências naturais, como a determinação do regime inicial e o sistema de progressão durante a execução desta.

Aqui se diz que o legislador atribuiu um grande poder discricionário ao Juiz, que poderá apreciar livremente as circunstâncias judiciais que funcionam como critérios orientadores a fim de se encontrar a medida exata e justa da pena, conforme se vê do art. 59, *caput*, e art. 68 do Código Penal.

Não se pode confundir, entretanto, discricionariedade e arbitrariedade. O Juiz, nesse momento, está “preso” a certos limites, não pode, por exemplo, deixar de considerar alguma das oito circunstâncias presentes no art. 59, *caput*, ou deixar de mencionar essa análise, sob pena de ter reformada sua sentença.

⁵³ BEMFICA, Francisco Vani. *Da lei penal, da pena, sua aplicação, da execução da pena*, p.89.

Muito embora esse raciocínio nos pareça o mais correto, existem doutrinadores que defendem não haver obrigatoriedade na análise das circunstâncias judiciais, argumentando que essa obrigatoriedade só existiria no que se refere às circunstâncias legais (atenuantes e agravantes).

Para justificar nossa posição, trazemos os argumentos do Jurista Gilberto FERREIRA, o qual em sua obra “Aplicação da pena” defende a importância de se considerar a obrigatoriedade da análise das circunstâncias judiciais na fixação da pena-base e para a definição do regime inicial, sob pena de se ferir o princípio da individualização da pena.⁵⁴

O mencionado autor considera que, “na verdade, o reconhecimento das circunstâncias judiciais não é assim tão facultativo como se tem apregoadado na doutrina. Se elas existem, o juiz tem de reconhecê-las em obediência ao princípio constitucional da individualização”.⁵⁵

Esse raciocínio condiz com a necessidade de fundamentação das decisões judiciais, princípio previsto no art. 93. IX da Constituição Federal.

Trataremos em especial da pena privativa de liberdade, no entanto, a pena de multa também deverá ser individualizada, ou melhor, qualquer espécie de pena deverá ser adequada ao crime e ao criminoso.

6.1 Fixação da pena-base

Os critérios mencionados no art. 68, caput, primeira parte do art. 68 do Código Penal, são as chamadas circunstâncias judiciais do art. 59, caput, do mesmo diploma legal.

Conforme ensina Gilberto FERREIRA:

Há um conjunto de fatores que levam a conduta do agente a ser mais ou menos reprovável, mais ou menos culpável. Esse conjunto de fatores, positivos ou negativos, atuando culminam por retratar o grau de culpabilidade porque se houve o agente ao praticar o evento fatídico. Esses fatores dizem respeito ao agente, ao fato e à vítima. Em relação ao agente tem importância sua personalidade e sua conduta de vida. Em relação ao fato, os motivos, as consequências e as circunstâncias em que ocorreu o delito.⁵⁶

⁵⁴ FERREIRA, Gilberto. **Aplicação da Pena**, p. 70.

⁵⁵ *Ibidem*, 70.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 83.

Assim, conforme defende Gilberto FERREIRA, podemos classificar as circunstâncias judiciais da seguinte maneira:

a) as que guardam relação com o agente: culpabilidade, antecedentes, conduta social e personalidade;

b) as que guardam relação com o fato: motivos, conseqüências e circunstâncias do crime;

c) as que guardam relação com a vítima: comportamento desta.

No próximo tópico, analisaremos cada circunstância judicial.

6.2 Culpabilidade

A expressão culpabilidade, refere-se ao grau de reprovação atribuído à conduta criminosa. Seria, pois, o “grau de culpa” ou “intensidade do dolo”, que torna a conduta mais ou menos reprovável.⁵⁷

Segundo ensina Francisco Vani BEMFICA, a culpabilidade é um termo que veio no art. 59 para substituir as expressões “intensidade do dolo” (dolo direto ou eventual) e “grau de culpa” (culpa *estricto sensu*).⁵⁸

Haverá, pela análise dessa circunstância, a definição da responsabilidade penal ou graduação da censura.

Ensina Gilberto FERREIRA que:

... sem culpa não haverá pena, logo, a culpabilidade é a medida da pena. Quanto maior a culpabilidade, maior a pena. Nesse sentido, a culpabilidade é instrumento de garantia individual na medida em que limita o poder do Estado, ele não poderia punir além daquilo que merecesse o agente, além de sua quantidade de culpabilidade. O art. 29 reconheceu expressamente esse princípio: *‘Quem de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade.’*⁵⁹

Entretanto, o conceito “culpabilidade” sofre de uma imprecisão terminológica; a este respeito asseverou Juarez Cirino dos SANTOS, ao sintetizar o pensamento de Gilberto FERREIRA:

A culpabilidade como circunstância judicial, introduzida pela reforma penal de 1984, em substituição ao critério da “intensidade do dolo ou grau de culpa” da lei anterior, aparece em posição incômoda: a culpabilidade do autor pela realização do tipo de injusto não é mero

⁵⁷ FERREIRA, Gilberto. *Aplicação da Pena*, p. 83.

⁵⁸ BEMFICA, Francisco Vani. *Da lei penal, da pena, sua aplicação, da execução da pena*, p. 91.

⁵⁹ FERREIRA, Gilberto. *Aplicação da Pena*, p.71.

elemento informador do juízo de reprovação, mas o próprio juízo de reprovação pela realização do tipo de injusto (o que é reprovado), cujos fundamentos são a imputabilidade, a consciência da antijuricidade e a exigibilidade de comportamento adverso (porque é reprovado). A definição da culpabilidade como circunstância judicial de formulação de juízo de reprovação constitui impropriedade metodológica, porque o juízo de culpabilidade, como elemento do conceito de crime, não pode ser ao mesmo tempo simples circunstância judicial de informação do juízo de culpabilidade.⁶⁰

Neste sentido também se manifestou Fernando CAPEZ:

A expressão não foi feliz. Culpabilidade é o juízo de reprovação exercido sobre o autor de um fato típico e ilícito. Trata-se de um pressuposto para a aplicação da pena. Se houver culpabilidade o agente responderá pelo fato, caso contrário, será absolvido. Desse modo a culpabilidade funciona como pressuposto para que o sujeito seja condenado e receba uma pena e não como critério de dosagem da quantidade de pena a ser aplicada. Pretendeu o legislador que o “grau de culpabilidade” e não a culpabilidade fosse o fator a orientar a dosimetria penal. Assim, todos os culpáveis serão punidos, mas aqueles que tiverem um maior grau de culpabilidade receberão, por justiça, uma pena mais severa.⁶¹

Ou seja, a culpabilidade de que trata o art. 59 do Código Penal não se refere àquela que constitui elemento do tipo penal.

Portanto, utilizar-se como base para fixar a pena-base o fato de o réu conhecer o caráter ilícito da sua conduta ou por ser exigível do agente do tipo conduta diversa não é válido, posto que tais elementos dizem respeito a todo e qualquer crime.

O que se permite é uma graduação da culpabilidade do agente, em que grau se deram estes elementos, como medida da reprovabilidade da conduta típica (que será sempre reprovável).

A culpabilidade ou grau de culpa é maior quanto maior o dolo ou culpa do agente. O dolo é mais intenso quando o agente age de modo a dificultar ou impedir a defesa privada; pratica ato à traição, usando métodos sinuosos, abusando da boa-fé de pessoas inocentes, utilizando-se da inexperiência de crianças, retardados mentais; furta de pessoas idosas e enfermas; abusa sexualmente de crianças ou deficientes, incapazes de se defenderem; age no sentido de colocar em risco a vida de terceiros inocentes. Há maior grau de culpa no motorista que dirige na

⁶⁰ SANTOS, Juarez Cirino Dos. **Teoria da pena: fundamentos políticos e aplicação judicial**, p.109.

⁶¹ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**.- parte Geral, pp.403-404.

contramão, que ultrapassa o sinal vermelho ou circula pela calçada e que, além de ser imprudente, negligente ou imperito, viola leis elementares do trânsito.⁶²

6.2.1 Teorias acerca do conceito de culpabilidade

Algumas teorias tentam explicar a culpabilidade, são três as principais, segundo Gilberto FERREIRA.⁶³

A primeira teoria é a *psicológica*. Essa teoria explica a culpabilidade como “o elo de ligação, de todo psicológico, que une o agente ao fato praticado. Para aplicar a pena, segundo essa teoria, bastaria apenas a existência do dolo ou da culpa, mais a natural capacidade de culpabilidade, ou seja, a imputabilidade, a capacidade de querer entender e determinar-se de acordo com esse entendimento. O dolo e a culpa eram, portanto, espécies do gênero culpabilidade.”⁶⁴

A segunda é a *teoria normativa da culpabilidade*. Essa teoria procurou sanar algumas falhas da teoria anterior, inclui como elementos da culpabilidade, ao lado do dolo (vontade e consciência da ilicitude) e da culpa, a imputabilidade (capacidade de autodeterminação) e a exigibilidade, nas circunstâncias, de um comportamento conforme o direito.

A terceira teoria é a *normativa pura*. Essa teoria encontrou sua falha no que se referia aos criminosos habituais, já que estes não possuíam consciência da ilicitude de sua conduta, embora soubessem ser essa conduta ilegal e que, por tal motivo, não poderiam ser considerados culpados.

Segundo Gilberto FERREIRA, tal teoria se fundou no pensamento de Hans WELZEL que defendia ser toda ação humana direcionada a um fim. “O homem, sobre a base de seu conhecimento causal, pode prever, em determinada escala, as conseqüências possíveis de uma atividade voltada para o futuro, propor objetos de diversas índoles e dirigir sua atividade segundo um plano tendente à obtenção desses objetivos”.⁶⁵

⁶² ROSA, Antônio José Miguel Feu. **Direito Penal** – parte geral, p. 438.

⁶³ FERREIRA, Gilberto. **Aplicação da Pena**, pp. 73-77.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 73.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 76.

A referida teoria transferiu o dolo e a culpa para a ação, o tipo penal, mantendo na culpabilidade apenas o elemento normativo do dolo, a consciência da ilicitude.

A culpabilidade passou a ter como elementos constitutivos a imputabilidade, a potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade de uma conduta conforme um dever.

Ao analisar essas três teorias, Gilberto FERREIRA chega a um conceito de culpabilidade: “Esta é, portanto, um juízo de reprovação que recai sobre o agente mentalmente são que praticou conscientemente um fato ilícito que poderia não praticar ou evitar se quisesse”.⁶⁶

Surge, a partir deste conceito, uma questão. Se a culpabilidade é a medida do Juízo de reprovação, se não for o próprio juízo de reprovação, então a pena justa seria aquela fixada segundo esse critério, a culpabilidade, na medida desta?

O que autoriza então o Juiz a acrescentar um *plus* a essa pena, dizendo ser a fim de que sirva para prevenção e retribuição?

Estas características já seriam inerentes à pena, se a pena é justa, na medida da culpabilidade (o quanto é reprovável a conduta), já serviria para esse fim.

Seguindo esse raciocínio, defende Gilberto FERREIRA que “melhor teria feito o legislador se tivesse estabelecido que, para medir a culpabilidade e estabelecer o grau de reprovação da conduta, o Juiz devesse levar em conta os antecedentes, a conduta social, as conseqüências do crime, o comportamento da vítima etc.”⁶⁷

Assim, será tanto mais culpável ou quanto menos culpável o agente conforme indicarem aqueles critérios norteadores. A seguir apresentamos a jurisprudência a respeito do tema:

STJ: *é permitido ao juiz, diante das circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, aumentar a pena-base em face do alto grau de reprovação da conduta dos agentes (RT 773/552). (...)*

TJSC: *o grau de culpabilidade do agente deve ser aferido de acordo com o índice de reprovabilidade, não só em razão de suas condições pessoais, como também em vista da situação de fato em que ocorreu a conduta (JCAT 75/602). (...)*

Consideração do grau de culpa – TACRSP: *A valoração do grau de culpa é tarefa de arbítrio judicial, devendo a pena ser proporcional ao crime cometido e estar de conformidade com o desvalor do fato delituoso, a gravidade do mal (RT 615/309).⁶⁸*

⁶⁶ FERREIRA, Gilberto. **Aplicação da Pena**, p. 77.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 81.

⁶⁸ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código Penal Interpretado**, p.447.

6.3 Antecedentes

Antes do Código de 1984, o conceito de antecedentes englobava também o conceito que hoje temos de conduta social, ou seja, considerava-se como antecedentes os fatos relativos ao comportamento do indivíduo na sociedade. Entretanto, tal pensamento resta ultrapassado, como se verá adiante.⁶⁹

No momento da análise dos antecedentes do agente, importam apenas os fatos e acontecimentos anteriores ao fato, indicadores de aspectos positivos ou negativos não se admitindo, portanto, o agravamento da pena em razão de ocorrências que sequer haviam acontecido na há época do fato criminoso.⁷⁰

Para Gilberto FERREIRA, deverão ser consideradas apenas as ocorrências que tenham alguma relação, mesmo que indireta ao fato, seja por terem estas influenciado, ainda que remotamente, o acontecimento, seja porque revelam maior periculosidade do agente.⁷¹

Os tribunais têm decidido, entretanto, que as condenações em grau de apelo não devem ser consideradas antecedentes criminais nem podem induzir à personalidade mal formada do agente, já que isso feriria o princípio constitucional da presunção de não-culpabilidade (CF, ART. 5º, LVII):

TJRS: Pena-base - Atos infracionais não servem para negativizar os antecedentes e sequer para denegrir a conduta social, se não comprovada a definitividade das medidas socioeducativas aplicadas. (...) (RJTJERGS 212/160).⁷²

O STF já se manifestou a este respeito:

STF: A submissão de uma pessoa a meros inquéritos policiais, ou perseguições criminais de que não haja ainda derivado qualquer título penal condenatório, não se reveste de suficiente idoneidade jurídica para justificar ou legitimar a especial exacerbação da pena. Tolera-se ao contrário implicaria admitir grave lesão ao princípio constitucional da presunção de não-culpabilidade dos réus ou dos indiciados (CF, ART. 5º, LVII) (...). (JSTF 169/545).⁷³

⁶⁹ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**.- parte Geral, p. 404.

⁷⁰ SANTOS, Juarez Cirino Dos. **Teoria da pena: fundamentos políticos e aplicação judicial**, p. 111.

⁷¹ FERREIRA, Gilberto. **Aplicação da Pena**, p. 84.

⁷² MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código Penal Interpretado**, p.443.

⁷³ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código Penal Interpretado**, p. 452.

Para melhor compreender esse raciocínio, vale a pena transcrever alguns trechos do informativo 405 do STF, ano de 2005.

PRESUNÇÃO CONSTITUCIONAL DE NÃO-CULPABILIDADE - MAUS ANTECEDENTES (TRANSCRIÇÕES)

RE 464947/SP* RELATOR: MINISTRO CELSO DE MELLO

EMENTA: PRESUNÇÃO CONSTITUCIONAL DE NÃO-CULPABILIDADE (CF, ART. 5º, LVII). MERA EXISTÊNCIA DE INQUÉRITOS POLICIAIS EM CURSO (OU ARQUIVADOS), OU DE PROCESSOS PENAIS EM ANDAMENTO, OU DE SENTENÇA CONDENATÓRIA AINDA SUSCETÍVEL DE IMPUGNAÇÃO RECURSAL. AUSÊNCIA, EM TAIS SITUAÇÕES, DE TÍTULO PENAL CONDENATÓRIO IRRECORRÍVEL. CONSEQÜENTE IMPOSSIBILIDADE DE FORMULAÇÃO, CONTRA O RÉU, COM BASE EM EPISÓDIOS PROCESSUAIS AINDA NÃO CONCLUÍDOS, DE JUÍZO DE MAUS ANTECEDENTES. PRETENDIDA CASSAÇÃO DA ORDEM DE "HABEAS CORPUS". POSTULAÇÃO RECURSAL INACOLHÍVEL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO IMPROVIDO.

- A formulação, contra o sentenciado, de juízo de maus antecedentes, para os fins e efeitos a que se refere o art. 59 do Código Penal, não pode apoiar-se na mera instauração de inquéritos policiais (em andamento ou arquivados), ou na simples existência de processos penais em curso, ou, até mesmo, na ocorrência de condenações criminais ainda sujeitas a recurso.

É que não podem repercutir, contra o réu, sob pena de transgressão ao postulado constitucional da não-culpabilidade (CF, art. 5º, LVII), situações jurídico-processuais ainda não definidas por decisão irrecorrível do Poder Judiciário, porque inexistente, em tal contexto, título penal condenatório definitivamente constituído. Doutrina. Precedentes.

DECISÃO: O Ministério Público Federal, ao interpor o presente recurso extraordinário contra decisão emanada do E. Superior Tribunal de Justiça, objetiva a cassação da ordem de "habeas corpus" concedida em favor do ora recorrido, sustentando, em suas razões recursais (fls. 65/81), que a mera existência "de ações penais em curso, com sentenças condenatórias não transitadas em julgado", revela-se bastante para configurar a ocorrência de "maus antecedentes" (fls. 81), sem que tal qualificação — consoante alega o "Parquet" — implique transgressão à presunção constitucional de não-culpabilidade.

Entendo não assistir razão ao Ministério Público Federal, pois tenho para mim, na linha de diversas decisões que já proferi nesta Suprema Corte (RTJ 136/627 – RTJ 139/885, v.g.), que a mera sujeição de alguém a simples investigações policiais, ou a perseguições criminais ainda em curso, não basta, só por si - ante a inexistência de condenação penal transitada em julgado - para justificar o reconhecimento de que o réu seja portador de maus antecedentes:

"HABEAS CORPUS' - INJUSTIFICADA EXACERBAÇÃO DA PENA COM BASE NA MERA EXISTÊNCIA DE INQUÉRITOS OU DE PROCESSOS PENAIS AINDA EM CURSO - AUSÊNCIA DE CONDENAÇÃO PENAL IRRECORRÍVEL - PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA NÃO-CULPABILIDADE (CF, ART. 5º, LVII) - PEDIDO DEFERIDO, EM PARTE.

- O princípio constitucional da não-culpabilidade, inscrito no art. 5º, LVII, da Carta Política não permite que se formule, contra o réu, juízo negativo de maus antecedentes, fundado na mera instauração de inquéritos policiais em andamento, ou na existência de processos penais em curso, ou, até mesmo, na ocorrência de condenações criminais ainda sujeitas a recurso, revelando-se arbitrária a exacerbação da pena, quando apoiada em situações processuais indefinidas, pois somente títulos penais

condenatórios, revestidos da autoridade da coisa julgada, podem legitimar tratamento jurídico desfavorável ao sentenciado. Doutrina. Precedentes.”

(RTJ 187/646, Rel. p/ o acórdão Min. CELSO DE MELLO)

“Impossibilidade de considerar-se como maus antecedentes a existência de processos criminais pendentes de julgamento, com o conseqüente aumento da pena-base.

Recurso parcialmente provido para, mantida a condenação, determinar que nova decisão seja proferida, com a observância dos parâmetros legais.”

(RHC 83.493/PR, Rel. p/ o acórdão Min. CARLOS BRITTO - grifei)

Na realidade, e como já decidiu esta Suprema Corte (RTJ 139/885), a simples existência de situações processuais ainda não definidas revela-se insuficiente para agravar a situação jurídico-penal do réu ou para legitimar a recusa jurisdicional de determinados benefícios legais, que só podem ser negados àqueles que já sofreram condenação penal irrecorrível.

O Código Penal, ao definir as circunstâncias judiciais que deverão orientar o magistrado na fixação da pena-base (CP, art. 59), determina que se considerem, dentre outros elementos, os antecedentes do réu.

O ato judicial de fixação da pena, contudo, não poderá emprestar relevo jurídico-legal a circunstâncias que meramente evidenciem haver sido (ou estar sendo), o réu, submetido a procedimento penal-persecutório, sem que deste haja resultado, com definitivo trânsito em julgado, qualquer condenação de índole penal.

A submissão de uma pessoa a meros inquéritos policiais — ou, ainda, a perseguições criminais de que não haja derivado, em caráter definitivo, qualquer título penal condenatório — não se reveste de suficiente idoneidade jurídica para justificar ou legitimar a especial exacerbação da pena. Tolerar-se o contrário implicaria admitir grave e inaceitável lesão ao princípio constitucional que consagra a presunção “*juris tantum*” de não-culpabilidade dos réus ou dos indiciados em geral (CF, art. 5º, LVII).

Expressivas opiniões doutrinárias, pronunciando-se a respeito do tema ora em exame, rejeitam, sumariamente, a possibilidade de se fixar a pena-base com fundamento em situações de absoluta neutralidade condenatória, que só evidenciem a existência de simples “*persecutio criminis*”, sem qualquer e definitivo pronunciamento jurisdicional contra o acusado.

Por isso mesmo, o eminente Professor DAMÁSIO E. DE JESUS, em conhecida obra doutrinária (“Código Penal Anotado”, p. 199/200, 11ª ed., 2001, Saraiva), assinala, com absoluto acerto, que “*Não devem ser considerados como maus antecedentes, prejudicando o réu, processos em curso (...); inquéritos em andamento (...); sentenças condenatórias ainda não confirmadas (...); simples indiciamento em inquérito policial (...); fatos posteriores não relacionados com o crime (...); crimes posteriores (...); fatos anteriores à maioridade penal (...); sentenças absolutórias (...); referência feita pelo delegado de polícia de que o indivíduo tem vários inquéritos contra si (...); simples denúncia (...); periculosidade (...); e revelia, de natureza estritamente processual (...)*”

Também perfilha igual orientação o autorizado magistério de CELSO DELMANTO, ROBERTO DELMANTO, ROBERTO DELMANTO JUNIOR e FÁBIO M. DE ALMEIDA DELMANTO (“Código Penal Comentado”, p. 107, 5ª ed., 2000, Renovar), cuja lição acentua, com inteira propriedade, que, na dosagem das sanções penais, “*não devem ser considerados autos de flagrante (...), inquéritos, mesmo com indiciamento (...) e processos em andamento (...), ou, ainda, sentenças pendentes de recurso (...), sendo necessário o trânsito em julgado destas (...), em face do princípio constitucional da presunção de inocência (...)*”.

Definitiva, no ponto, a douta lição expendida por ROGÉRIO GRECO (“Curso de Direito Penal – Parte Geral”, vol. I/626, item n. 11.3.2,

5ª ed., 2005, Editora Impetus), eminente Professor e membro do Ministério Público do Estado de Minas Gerais:

“Entendemos que, em virtude do princípio constitucional da presunção de inocência, somente as condenações anteriores com trânsito em julgado, que não sirvam para forjar a reincidência, é que poderão ser consideradas em prejuízo do sentenciado, fazendo com que a sua pena-base comece a caminhar nos limites estabelecidos pela lei penal.

Se somente as condenações anteriores com trânsito em julgado, que não se prestem para afirmar a reincidência, servem para conclusão dos maus antecedentes, estamos dizendo, com isso, que simples anotações na folha de antecedentes criminais (FAC) do agente, apontando inquéritos policiais ou mesmo processos penais em andamento, inclusive com condenações, mas ainda pendentes de recurso, não têm o condão de permitir que a sua pena seja elevada.”

Esse entendimento — que presta obséquio à presunção constitucional de não-culpabilidade (CF, art. 5º, LVII) — adverte, corretamente, com apoio na jurisprudência dos Tribunais (RT 418/286 - RT 422/307 – RT 572/391 - RT 586/338), que processos penais em curso, ou inquéritos policiais em andamento, ou, até mesmo, condenações criminais ainda sujeitas a recurso não podem ser considerados, enquanto episódios processuais suscetíveis de pronunciamento judicial absolutório, como elementos evidenciadores de maus antecedentes do réu.

Desse modo, torna-se inquestionável que somente a condenação penal transitada em julgado pode justificar a exacerbação da pena (ou a aplicação de tratamento jurídico mais gravoso ao sentenciado), pois, com o trânsito em julgado, descaracteriza-se a presunção “*juris tantum*” de não-culpabilidade do réu, que passa, então, a ostentar o status jurídico-penal de condenado, com todas as conseqüências legais daí decorrentes.

Tendo presentes as considerações expostas, e ausente, na espécie, contra o ora recorrido, qualquer título penal condenatório definitivamente constituído, reputo inacolhível a pretensão recursal extraordinária ora deduzida pelo Ministério Público Federal, por entendê-la conflitante com o postulado constitucional, que, positivado no art. 5º, inciso LVII, da Constituição da República, consagra o princípio fundamental da não-culpabilidade dos réus.

Sendo assim, e pelas razões expostas, conheço do presente recurso extraordinário, para negar-lhe provimento, mantendo, em conseqüência, por seus próprios fundamentos, o v. acórdão emanado do E. Superior Tribunal de Justiça.

Publique-se. Brasília, 17 de outubro de 2005. Ministro CELSO DE MELLO Relator.⁷⁴

Discorda sobre esse ponto, Gilberto FERREIRA.⁷⁵

(...) acredito não haver ofensa à Constituição no fato de se considerar como antecedentes aqueles decorrentes de processos que ainda não transitaram em julgado. Quer me parecer que o legislador deseja no art. 59 é que o juiz considere tão só o comportamento do agente para apurar a sua propensão ao crime, a sua probabilidade de delinqüir, independente de

⁷⁴ SUPERIOR TRIBUNAL FEDERAL. Informativo nº 405.

⁷⁵ Ressalva: Em manifestação posterior a conclusão deste trabalho, o ilustre Doutrinador Gilberto Ferreira anunciou a mudança de seu pensamento, não mais defendendo a possibilidade de consideração de ocorrências criminais que não possuam condenação por meio de sentença transitada em julgado como elementos para aumento da pena. O referido autor se mostra atualmente contra qualquer dupla valoração crimes já julgados, seja na consideração de antecedentes, seja na consideração de reincidência.

ser ele culpado ou não. Nessas condições, o simples envolvimento num fato criminoso, do qual foi absolvido por falta de provas, por exemplo, já é um indicativo negativo, que acresce-se do simples envolvimento resultar de uma condenação ainda não transitada em julgado. Tanto me parece assim que o Código considerou como agravante genérica (art. 61, I) a reincidência (que pressupõe uma condenação transitada em julgado), deixando para as circunstâncias judiciais as demais condenações que não configurassem reincidência. Ademais, num procedimento de revisão o réu sempre terá a oportunidade de eliminar de sua pena aquele *quantum* acrescido pela avaliação de seus antecedentes, caso venha a ficar comprovado no julgamento definitivo daquela ação o reconhecimento de sua tese de negativa de autoria.⁷⁶

Aqui o referido autor entra em um território perigoso, pois certamente este entendimento não é o compartilhado amplamente por constitucionalistas ou outros estudiosos da área penal.

Gilberto FERREIRA argumenta ainda que nem sempre se considera como antecedentes os processos ainda não findos trazendo prejuízo ao réu e significando um agravamento de sua pena. Pode ocorrer de serem esses “antecedentes” benéficos, citando o referido autor o exemplo de um velhinho que entra em luta corporal com um jovem avantajado fisicamente constantemente, e que sempre se fere muito, enquanto o jovem sofre pequenas lesões. Os dois foram processados, mas voltam a brigar após um tempo e novamente o velhinho sofre lesões mais sérias que o jovem. Novamente são processados. Isso se sucede até que um dia o velhinho mata o jovem. Os acontecimentos anteriores, mesmo que sem o trânsito em julgado, indicam o envolvimento em processos judiciais e podem ser interpretados favoravelmente ao velhinho nesse novo processo.⁷⁷

Entende-se, entretanto, que nada impede que condenações penais que foram atingidas pela prescrição retroativa configurem como maus antecedentes:

STF: Pena: Critérios de individualização: admissibilidade da consideração a título de maus antecedentes, de sentença condenatória, malgrado a conseqüente declaração da extinção da punibilidade, por força da extinção retroativa segundo a pena concretizada. (HC 70.752-1 STF, DJU 06.05.1994, p.10.470).⁷⁸

Entende-se ainda que, não podem ser consideradas como antecedentes as ocorrências criminais que representem reincidência, porque estas serão

⁷⁶ FERREIRA, Gilberto. **Aplicação da Pena**, p. 85.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 85.

⁷⁸ KUEHNE, Maurício. **Teoria e Prática da Aplicação da Pena**, p. 177.

consideradas em um momento posterior, enquanto circunstância agravante da pena. Ao contrário estaríamos diante de *bis in idem*:

TJSC: Os antecedentes constituem elementos do art. 59 do CP, orientador do estabelecimento da pena-base, salvo se configurarem a agravante da reincidência, quando terão pertinência apenas na segunda fase da dosimetria da pena, com a devida justificação (JCAT 77/605).

Vale frisar que o juiz não poderá mencionar apenas genericamente dizendo ser o réu portador de maus antecedentes, deverá indicar os fatos que lhe fizeram chegar a essa conclusão, fundamentando-a, portanto.

6.4 Conduta social

Para Gilberto FERREIRA, a conduta social são os acontecimentos que integram a vida do réu. Essa análise se restringirá aos acontecimentos da vida social do indivíduo, enquanto pai, filho, estudante, trabalhador etc., ou seja, conforme os papéis que desempenha na sociedade.⁷⁹

O Juiz deverá se ater ao desempenho do réu segundo os papéis que representa na vida social: deverá analisar se foi um bom filho, bom pai, bom estudante, bom trabalhador, se cumpre com suas obrigações, se respeita os colegas de trabalho, se possui bom relacionamento com as pessoas em geral, se possui uma vida desregrada ou não, se é uma pessoa insensível, se tem consideração com o próximo, entre outros.⁸⁰ Vejamos a definição de conduta social segundo o Supremo Tribunal Federal: “A conduta social do réu tanto pode ser favorável ou contrária a ele, basta conferir cada hipótese em julgamento. Ao demais, não se trata de novidade, desde que é uma circunstância que envolve a vida do acusado antes do delito, sob aspectos do relacionamento familiar e social (RSTJ 17/472 – no corpo do acórdão).”

Francisco BEMFICA, por sua vez, define conduta social como o “comportamento junto à comunidade, seu modo de agir nas suas ocupações, sua cordialidade ou agressividade, egocentrismo ou prestatividade, rapidez ou finura de trato”.⁸¹

⁷⁹ FERREIRA, Gilberto. **Aplicação da Pena**, p. 86.

⁸⁰ *Ibidem*, p.86.

⁸¹ BEMFICA, Francisco Vani. **Da lei penal, da pena, sua aplicação, da execução da pena**, p. 93.

Aqui o juiz deverá se valer principalmente das declarações das testemunhas chamadas em juízo, principalmente as da defesa que, geralmente por não terem visto o crime, suas declarações se restringem ao comportamento do réu em sociedade, o que poderá ser útil ao juiz. Entretanto, nada impede que a conduta social seja aferida por outros meios, por declarações, atestados, abaixo-assinados etc.

Muitos autores defendem não ser possível considerar a conduta social, assim como a personalidade, como elementos desabonadores para fins de aumento da pena-base, por dizerem respeito à subjetividade do indivíduo, que é livre para agir como quiser, desde que não cometa crimes.

Ninguém pode ser punido por violar regras de implicação meramente moral, que não encontrem correspondência com algum ilícito. Não posso punir alguém ou aumentar sua pena porque não é um bom pai, ou porque não se mostra um trabalhador exemplar.

Esse entendimento é compartilhado por Eugênio Raul ZAFFARONI e José Henrique PIERANGELI “ a maior ou menor “adequação de conduta” ao autor ou “correspondência” com a personalidade deste, em nenhum caso pode fundamentar uma maior culpabilidade, e no máximo deve servir para baixar a pena do máximo que a culpabilidade do ato permite, que é algo diferente.”⁸²

E mesmo que algum ilícito possa ser resultante dessa conduta social, deverá ser perseguido separadamente pela justiça penal para depois gerar uma condenação; pensamento em contrário acabaria por ferir o princípio da presunção de inocência (art. 5º, XXXIX).

Desse modo, a conduta social só poderia servir para abonar a conduta do agente do fato ilícito, mas nunca para prejudicá-lo. Nesse sentido argumenta, brilhantemente, *in verbis*, Túlio VIANNA:

Trata-se de circunstâncias que somente poderão ser analisadas para diminuir a pena do réu, pois o seu uso para aumentar a pena constitui flagrante violação do princípio constitucional da legalidade consagrado no art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal: "não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.

Senão vejamos: dois indivíduos munidos de arma de fogo resolvem roubar um banco em concurso de agentes. Ambos realizam as mesmas

⁸² ZAFFARONI, Eugênio Raul. PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**, p.785.

condutas, rendem o caixa, apontam-lhe a arma, recolhem o dinheiro, dividem-no em partes iguais e saem em fuga.

Durante a instrução criminal as testemunhas afirmam que o primeiro deles é ótimo pai de família, excelente vizinho, bom empregado e que trabalha durante os finais de semana em entidades beneficentes tendo inclusive adotado cinco crianças de rua. O outro acusado, porém, tem personalidade e conduta social oposta: bate na esposa, briga constantemente com a vizinhança, chega bêbado no trabalho e há fortes comentários de que trafique drogas.

Não é difícil imaginar que o juiz fixará a pena do primeiro no mínimo legal e aumentará a pena do segundo em cerca de um ano.

Ao proceder desta forma, o magistrado, na prática, estará condenando ambos pelo roubo a banco e suplementarmente estará condenando o segundo a um ano de prisão por bater na esposa, brigar constantemente com a vizinhança, chegar bêbado no trabalho e supostamente traficar drogas.

Trata-se de violação clara de dois princípios constitucionais: legalidade e devido processo legal.

Ao condenar o réu a um ano de prisão com base em alguns fatos absolutamente atípicos sob o argumento de ser uma "conduta social imprópria" ou "personalidade deturpada", nada mais estará fazendo do que desprezar completamente um dos mais tradicionais princípios de Direito Penal.

Ofenderá também o princípio do devido processo legal, pois se o indivíduo foi acusado de roubar um banco, irá defender-se deste fato tão-somente e não de supostas lesões corporais à esposa e tráfico de drogas alegado pelas testemunhas. O aumento da pena com base em supostos crimes que mesmo que provados nos autos não foram objeto de processo para apurá-lo é absolutamente inconstitucional, pois em última análise configura em condenação sem o devido processo legal.⁸³

Não obstante, o entendimento do STJ se mostre oposto a esses argumentos:

STJ - O acórdão recorrido apoia-se no argumento de que os juízos emitidos, quanto à conduta do réu, não podem elevar a pena-base, pois o direito não pode se ocupar de aspectos morais. Este Superior Tribunal de Justiça entende aplicáveis todas as circunstâncias judiciais descritas no art. 59 do Estatuto Penal. É pacífico que as circunstâncias do art. 59 do CP, que são a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade do agente, os motivos, as circunstâncias e conseqüências do crime, bem como o comportamento da vítima, se prestam a elevar a pena-base, na individualização judicial da pena. Brasília (DF), 03 de abril de 2006. Relator MINISTRO PAULO MEDINA. REsp 737106. DJU 19.04.2006. (grifo nosso).

O STF igualmente tem admitido que conduta social desabonadora e personalidade desfavorável sirvam para aumentar a pena na fixação da pena-base:

STF: "HABEAS CORPUS". LESÃO CORPORAL. PENA: FIXAÇÃO: FUNDAMENTAÇÃO. NULIDADE INEXISTENTE. REVISÃO DAS PROVAS

⁸³ VIANNA, Túlio Lima. Roteiro Didático de Fixação das Penas. In: **Justilex**, pp. 64-66.

SOBRE OS FATOS CONSIDERADOS NA FIXAÇÃO DA PENA. 1. Presentes, no discorrer da decisão, com fundamentação sustentada em circunstâncias objetivas, os requisitos indispensáveis à individualização e a fixação da pena-base, esta estabelecida acima do mínimo legal, não só em face do conjunto probatório como em decorrência da reprovável conduta social, dos maus antecedentes e da personalidade do réu, descabe a alegação de nulidade por falta de motivação. 2. No que tange ao argumento de que a pena foi injusta em razão da tipicidade do delito e de não haver resultado comprovado ser o paciente o dono dos cães que causaram lesões à vítima, o âmbito estreito do "habeas corpus" não comporta o reexame das provas sobre os fatos considerados na decisão. 3. "Habeas corpus" indeferido.

(HC 73285, SEGUNDA TURMA, DJ 19-04-1996. Relator Min. MAURÍCIO CORRÊA).

Ainda, decisões da 1ª Vara Criminal da Comarca de Jundiaí, SP e Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, não reformadas pelo STF:

STF. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. O recorrente foi condenado pelo juiz da 1ª Vara Criminal da Comarca de Jundiaí, SP, nos seguintes termos: 'Para o réu JOSÉ ROBERTO DI FRANCISCO (ou JOSÉ ROBERTO DI FRANCESCO): O réu é primário e não ostenta antecedentes criminais certificados judicialmente nos autos. Entretanto, sua pena base deve ser elevada acima do mínimo previsto para o crime de furto qualificado, devendo-se, para tanto, atender ao enorme prejuízo causado ao Banco-vítima como consequência do crime; a personalidade do agente dirigida à prática de crimes contra o patrimônio, envolvendo complexa atividade intelectual e demonstradora de sua periculosidade; sua conduta social consubstanciada inadequada; demonstrada até em seu interrogatório em Juízo quando 'zomba' de todos ao dizer que percebe, mensalmente, a quantia de R\$ 1.000,00 (um mil reais), com a qual sustenta a família e paga os financiamentos de seus veículos; por fim, devem ser atendidos os requisitos de prevenção ao crime praticado, assim como e principalmente o de reprovação à conduta ilícita, adequando-se a pena aos seus fins de 'necessidade e suficiência'. (...) Decido. Bem esclarece o parecer, não há falar, no caso, em ofensa ao art. 93, IX, da C.F., já que fundamentada a decisão. De outro lado, as demais questões postas são infraconstitucionais. Nego seguimento ao recurso.RE 251043 / SP - SÃO PAULO, Rel MIN. CARLOS VELLOSO 26/06/2001, DJ 08/08/2001 P – 00081. (grifo nosso)

STF (HC nº 19.291, rel. Min. Jorge Scartezini). "PROCESSO PENAL - ESTELIONATO E RECEPÇÃO - RÉU CONDENADO EM PRIMEIRO GRAU - SENTENÇA CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO - EFEITO SUSPENSIVO - IMPOSSIBILIDADE - DOSIMETRIA - FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL - INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL: TJ - RJ - Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro negou provimento à apelação interposta pela defesa, expedindo mandado de prisão em seu desfavor. Daí a impetração do habeas corpus perante o Superior Tribunal de Justiça. (...) 2 - Consta do acórdão impugnado: "(...) no que tange à dosimetria da pena, nenhum reparo há que ser feito. A r. sentença, quanto a esse aspecto, salientou (fls. 115/116): 'Apesar de inexistir Folha de Antecedentes Criminais nos autos, em virtude dos crimes praticados, verifica-se que o réu possui maus antecedentes, conduta social e personalidade reprováveis. Os motivos, circunstâncias e consequências dos crimes são os normais do delito. Assim, fixo a pena-base ...' Como se verifica, a pena-base resultou majorada em razão não só dos antecedentes do paciente, mas de sua conduta social e personalidade desfavoráveis.

Destarte, tais circunstâncias, a meu sentir, viabilizam o aumento na pena-base." (fls. 200-201). RHC 83705 / RJ - RIO DE JANEIRO. Rel MIN. ELLEN GRACIE, 07/11/2003, DJ 14/11/2003 P – 00041. (grifo nosso)

Ao considerar estes fatores, o Juiz poderá pensar em uma pena mais adequada à pessoa do réu.

6.5 Personalidade

Segundo Gilberto FERREIRA, “a personalidade é um conjunto de atributos adquiridos ao longo da vida, de tal sorte que, retirados do homem, este deixa de existir como ser humano.”⁸⁴

Para Fernando CAPEZ são indicativos de má personalidade a intensidade acentuada da violência, a brutalidade anormal, a frieza na execução do ato criminoso, a ausência de sentimento humanitário, a inexistência de arrependimento ou sentimento de culpa pelo agente.⁸⁵

A personalidade é o que nos torna únicos, individuais, e pode ser formada a partir de diversos fatores, externos ou internos, pode ser moldada de acordo com o meio em que se vive, às condições de vida, às oportunidades que surgem na vida de cada um. Há ainda a influência de pessoas que nos norteiam, familiares, amigos, colegas de trabalho que serviram como base para a formação de nossa personalidade.

Pode-se defender ainda um fator endógeno, genético, determinante de parte de nossa personalidade, como o caráter, por exemplo. Isso poderia explicar o porquê de uma pessoa nascida e criada da mesma forma que seu irmão, com as mesmas amizades ou influências, se diferencia deste por ser agressivo, insensível e por praticar crimes.

É obvio, entretanto, que a personalidade não é apenas isso. Esse assunto é por demais complexo e não pode ser explicado em algumas linhas. Dessa matéria tratará a psicologia e, em especial, a psicanálise, com muito mais seriedade e maestria, conforme veremos mais adiante.

Segundo Francisco Vani BEMFICA,

⁸⁴ FERREIRA, Gilberto. *Aplicação da Pena*, p. 86.

⁸⁵ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. - parte Geral, p. 406.

A personalidade é um complexo, herdado ou adquirido, que influi no comportamento humano. Má personalidade não é o mesmo que maus antecedentes. Ela diz respeito à índole do agente, maneira de agir e de sentir, grau de senso moral. Há agentes que na prática de certos crimes revelam distorções psicológicas, agindo audaciosamente ou pouca ou nada lhes importando, por exemplo, se o resultado de sua ação deletéria seja difundida, como no caso do traficante habitual de drogas ou em outros casos em que a distorção psicológica rompe as amarras da moral.⁸⁶

Para se aferir a personalidade de um indivíduo, seria necessário, conforme expõe Gilberto FERREIRA ao citar MENDELSSOHN:

(...) realizar um estudo sobre a herança, o temperamento, os acidentes, o meio e principalmente: a) a família do acusado (ascendentes até o décimo grau; colaterais até o quarto grau, sob o aspecto sociológico e médico-legal); b) a vida do criminoso até a época do fato; c) a maneira como foi educado e as relações com os pais e seus irmãos, bem como o tratamento recebido em comparação com o dispensado a estes; d) o estado físico, psíquico, relações sociais, relações do criminoso com sua mulher, filhos e pais; e) a sexualidade (aí incluída a evolução psicopatológica sexual na infância, na adolescência, na fase de maturidade do indivíduo e na serenidade).⁸⁷

Entretanto, não podemos deixar de considerar que a realidade de nosso país e de nosso Direito não proporciona condições ao juiz para que este possa avaliar cientificamente a personalidade de alguém. Não há preparo técnico para isso, nem tempo hábil, já que nossos tribunais e varas criminais estão cada dia mais abarrotados de processos que esperam anos até serem decididos.

Defende Salo de CARVALHO ser impossível ao juiz definir a personalidade de um indivíduo:

O critério personalidade, presente no corpo do artigo 59 do CP, não obstante ser, dada a sua natureza, controverso, não apresenta, desde o modelo acusatório, possibilidade de verificabilidade processual pelo magistrado e pelas partes.

Nota Paganella Boschi que definir a personalidade não é algo tão simples como possa parecer, sendo especialmente ao juiz muito tormentosa a questão, seja porque ele não domina conteúdos de psicologia, antropologia ou psiquiatria, seja porque possui, como todo indivíduo, atributos próprios de sua personalidade. Por isso constata-se na experiência cotidiana que a valoração da personalidade do acusado, nas sentenças criminais, é quase sempre precária, imprecisa, incompleta, superficial, limitada a afirmações genéricas do tipo “personalidade ajustada”, “desajustada”, “agressiva”, “impulsiva”, “boa” ou “má”, que do ponto de vista técnico, nada dizem.⁸⁸

⁸⁶ FERREIRA, Gilberto. **Aplicação da Pena**, p. 87.

⁸⁷ CARVALHO, Salo de. **Aplicação da Pena e Garantismo**, p.54.

⁸⁸ CARVALHO, Salo de. **Aplicação da Pena e Garantismo**, p.54.

Defende ainda que, para proceder a essa análise, o juiz deve indicar o conceito de personalidade que adotou, a metodologia empregada e os critérios adotados para a aferição da personalidade do agente.

Ao fazer isso, seria necessário aos penalistas construir conceitos dogmáticos de caráter e personalidade; tal função, entretanto, cabe aos psicólogos e não pode ser usurpada pelo Direito.

Mesmo que ao magistrado fosse concedida a ajuda de um psicólogo, o problema não estaria resolvido, posto que na própria psicologia não há um conceito único de personalidade. Há diversas teorias que tentam explicar esse atributo humano. Cada estudioso no tema assume uma concepção pessoal do que seja esse atributo, o que inviabiliza uma certeza acerca desse conceito.

Ademais, tanto a psiquiatria como a psicologia trabalham com testes de inteligência e personalidade que, na verdade, são inúmeros testes reunidos, direcionados a diferentes pontos do comportamento, sensações percepções e sentimentos humanos.⁸⁹

Diante desse quadro, o que nos interessa e o que interessa ao Direito penal é uma personalidade “presumida”, que nada mais é do que uma tentativa inócua de defini-la. O Juiz buscará, portanto, diante de tantas dificuldades, traçar ao menos um esboço do que ela seja, não se pode exigir de um juiz que possua profundos conhecimentos em psicologia ou qualquer outra área que não esteja intimamente ligada ao Direito.⁹⁰

Nos dizeres de Gilberto FERREIRA, “Pelo estudo da personalidade o magistrado terá melhores condições de entender o porquê do crime e assim encontrar a pena, observando os demais critérios, que melhor se ajuste aos fins de reprovação e prevenção”.⁹¹

Esse deverá ser o fim buscado. O magistrado estará atento a esse fim quando da análise desta circunstância.

Não há, em princípio, um critério a ser seguido pelo magistrado na análise da personalidade do agente, mas este deverá ter em mente que o critério se baseará principalmente nas condições de vida do agente.

⁸⁹ *Ibidem*, p.55.

⁹⁰ FERREIRA, Gilberto. **Aplicação da Pena**, p.88.

⁹¹ *Ibidem*, p. 87.

Segundo Aníbal BRUNO, o juiz deve considerar o meio circundante do criminoso que o formou, o meio em que vive em confronto com o meio circundante ocasional (onde se deu o evento criminoso), o que mostrará em que medida o crime é reflexo do meio circundante, tornando-o mais ou menos reprovável.⁹²

Vale frisar que, conforme se expôs anteriormente no item referente à conduta social, muitos autores defendem que também a personalidade não poderá servir para agravar a pena do acusado, mas apenas para beneficiar o acusado.

Existem julgados nesse sentido:

TJRS: As Circunstâncias Judiciais da Personalidade e Conduta Social. Impossibilidade de Agravar a Punição. *As circunstâncias judiciais da conduta social e personalidade, previstas no art. 59 do CP, só devem ser consideradas para beneficiar o acusado e não para lhe agravar mais a pena. A punição deve levar em conta somente as circunstâncias e conseqüências do crime. E excepcionalmente minorando-se em face de boa conduta e/ou a boa personalidade do agente. Tal posição decorre da garantia constitucional da liberdade, prevista no art. 5º da Constituição Federal. Se é assegurado ao cidadão apresentar qualquer comportamento (liberdade individual), só responderá por ele, se a sua conduta (latu sensu) for ilícita. Ou seja, ainda que sua personalidade ou conduta social não se enquadre no pensamento médio da sociedade em que vive (mas seus atos são legais), elas não podem ser utilizadas para o efeito de aumentar a pena, prejudicando-o. Apelação Criminal nº. 70000907659, 6ª Câmara Criminal. TJRS. Rel. Des. Sylvio Baptista.*⁹³

Note que as circunstâncias estudadas até agora são muito semelhante e estão interligadas umas às outras, o que pode gerar dificuldade em se definir quais fatos e características da vida do indivíduo pertencem a cada uma dessas circunstâncias.

Entretanto, o que o legislador quis, foi facilitar o trabalho do juiz que, se não tivesse em suas mãos estes conceitos separadamente, servindo como base para seu raciocínio, um de cada vez, teria grande dificuldade em construir o apenamento.

6.6 Motivos do crime

Se definir personalidade não é uma tarefa fácil, definir os motivos que levaram alguém a cometer um crime é ainda mais difícil.

⁹² BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**, p.154-156.

⁹³ FERREIRA, Gilberto. **Aplicação da Pena**, p. 60.

O que podemos afirmar é que sempre haverá uma causa para todo o crime, ou seja, nunca há crime sem causa. Conforme afirma GILBERTO FERREIRA, até mesmo os doentes mentais praticam atos em razão de algo, não importando se a causa é algo banal, ela sempre existirá.⁹⁴

Não podemos, entretanto, confundir os conceitos de “causa” e “motivo” do crime.

Por causa, entende-se, conforme a criminologia, como tudo o que é necessário para a produção ou manifestação do comportamento criminoso. Pode ser uma deficiência mental ou uma situação econômica desfavorável, porém esta causa poderá produzir o delito, mas nem sempre produzirá o crime., pois a causa pode existir sem que o delito seja praticado.⁹⁵

Existem inúmeras teorias a respeito das causas do crime. Se pensarmos em estudiosos de diversas áreas, tal como LOMBROSO, FREUD, entre outros, teremos respostas diferentes. Para estes, pode existir uma carga genética ou um distúrbio sexual que se manifesta exteriormente pela agressividade, e, portanto, há homens que já nascem com inclinação à delinquência como meio à satisfação de seus instintos.

Haveria outros fatores que levariam alguém a delinquir?

Poderíamos pensar em diversos fatores como o meio social, a condição econômica, a criação, a herança não apenas genética, mas de hábitos e costumes, o exemplo dos pais ou irmãos, etc., ou seja, seria mesmo um único fator responsável pela definição da causa do crime?

Por óbvio, entretanto, que o magistrado não terá condições de estudar a fundo a herança genética ou social do acusado, se não, saberá apenas que este provém de uma família pobre, que convive com viciados ou que não tem família e vive nas ruas.

Segundo ensina Roque de Brito ALVES, nos moldes da criminologia, sendo o delito algo humano, não podemos aplicar à sua origem um conceito de “causa” no sentido exato que se concebe, por exemplo, na matemática:⁹⁶ “Em verdade, a conduta humana não pode ser aprisionada ou reduzida sempre a termos ou aplicações rígidas, invariáveis, imutáveis, ocorrendo aqui, uma certa relatividade,

⁹⁴ FERREIRA, Gilberto. **Aplicação da Pena**, p. 90.

⁹⁵ ALVES, Roque de Brito. **Criminologia**, p.131.

⁹⁶ ALVES, Roque de Brito. **Criminologia**, p.130.

imponderabilidade, ausência de nexo causal fatal ou de relação causa-efeito sempre direta ou necessária.”⁹⁷

Muito embora haja diversos estudos a respeito desse tema, em diferentes áreas, não se poderia exigir do magistrado que tenha diploma em outras disciplinas ou que se torne um grande estudioso da conduta humana, que preveja suas causas, o porquê do modo de agir das pessoas ao cometer ou não crimes. Não foi este, logicamente, o intuito do legislador.

O legislador, ao tratar das circunstâncias judiciais, não falou em “causa” (gênero), mas em “motivo” (espécie), ou seja, será esta a circunstância a ser analisada na fixação da pena-base.

O “motivo”, diferentemente da causa, é o que se forma após a prática delituosa, o que efetivamente levou o delinqüente a praticar o crime e não o conjunto de fatores, como meio em que vive, condição social, papel desempenhado pelos pais, se sofreu agressões físicas na infância etc.

Para Francisco BEMFICA, “motivo é a força que impele alguém a fazer ou deixar de fazer alguma coisa. Pode-se praticar o crime por motivo perverso, como se pode por piedade, como na eutanásia”.⁹⁸

Aqui deverá o magistrado observar o fator último que desencadeou ação delitiva, já que as causas poderão ser diversas, o que geraria divagações. Se um agente rouba e mata para obter dinheiro para comprar drogas, por ser este dependente ou por ser usuário constante, aí estará o motivo do crime.

Tais informações podem ser aferidas durante a instrução, quanto da oitiva de testemunhas e principalmente quando do interrogatório do réu.

Entretanto, basta para definir o motivo do crime um único fator, o fator último que desencadeou a ação criminosa e deve ser esta a informação a ser alcançada pelo juiz. Portanto, cabe ao Juiz fazê-la brotar, através de questionamentos direcionados ao réu e às testemunhas. Através desse trabalho, o magistrado poderá formar um bom substrato que o ajudará a entender o que levou o agente a praticar determinado delito. Ao chegar a este entendimento, poderá direcionar melhor a pena, ou seja, o castigo poderá ser mais adequado ao agente.

⁹⁷ *Ibidem*, pp.130-131.

⁹⁸ BEMFICA, Francisco Vani. **Da lei penal, da pena, sua aplicação, da execução da pena**, p.92.

A isso se liga a culpabilidade. Ao aferir o motivo do crime, o crime será menos ou mais reprovável e indicará o *quantum* de pena será necessária para a prevenção e reprovação, conforme o fim da pena.

Ainda ensina Magalhães NORONHA, “A gravidade do crime reside principalmente, nele, pois tem o condão de transformar um delito execrável em tolerado. Sua relevância não é apenas no crime doloso, mas no culposo também, pois como escreve Santori, tanto se pode correr desenfreadamente com o automóvel, impelido pelo desejo de buscar um prazer abjeto, como para comprar medicamento para um moribundo”.⁹⁹

Ao falar da importância do motivo do crime, ensina Gilberto FERREIRA:

O motivo, pois, é tão importante que, dependendo das circunstâncias, se presta, no direito brasileiro, ora a majorar sensivelmente a pena, transmudando em agravante (art. 61, II, a) ou qualificadora do crime (art. 121, § 2º, I, II e V), ora minorá-la, quando se transforma em atenuante (art. 65, II, a) ou em causa especial de redução (art. 121, §1º). Nesses casos, como é óbvio, o motivo não poderá ser apreciado por ocasião da fixação da pena-base.¹⁰⁰ (grifo nosso).

Nelson HUNGRIA apontou alguns dos motivos que devem ser considerados pelo juiz:

Motivos imorais ou anti-sociais e motivos morais ou sociais, conforme sejam ou não contrários às condições ético-jurídicas da vida em sociedade. O amor à família, o sentimento de honra, a gratidão, a revolta contra as injustiças, as paixões nobres em geral podem levar ao crime; mas o juiz terá que distinguir entre estes casos e aqueles outros em que o “movens” é o egoísmo feroz, a cólera má, a prepotência, a malvadez, a improbidade, a luxúria, a cobiça, a *auri sacra faces*, o espírito de vingança, a empolgadura de vícios.¹⁰¹

Para Damásio de Jesus, os motivos determinantes do crime poderão ser provocados por sentimentos de honra ferida, revolta, amor à família, à Pátria, gratidão, cobiça, prepotência, vingança, amor, luxúria, malvadez etc.¹⁰²

Muitos destes motivos estão expressamente previstos pelo ordenamento penal e são considerados atenuantes, agravantes, causas de especial aumento ou diminuição, o que, a nosso ver, não autoriza a que sejam estas circunstâncias consideradas em dobro. Se um dado motivo vier a funcionar posteriormente como

⁹⁹ NORONHA, Magalhães Edgard. **Curso de Direito Processual Penal**, p. 91.

¹⁰⁰ FERREIRA, Gilberto. **Aplicação da Pena**, p. 91.

¹⁰¹ HUNGRIA, Nelson. **Curso de Direito Penal**, p.260.

¹⁰² JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal**, p. 557.

agravante, por exemplo motivo fútil, não poderá servir como circunstância judicial desabonadora da conduta na primeira fase da aplicação da pena, sob pena de se incorrer em “*bis in idem*”.

6.7 Circunstâncias

Conforme ensina Gilberto FERREIRA, “são circunstâncias todos aqueles dados que se encontram ao redor da figura típica e que servem para atenuar ou agravar a pena.”¹⁰³

Segundo Francisco Vani BEMFICA, “Circunstâncias são elementos estranhos à configuração típica, logo acidentais. Não são apontados na lei. São inominadas, consubstanciadas no lugar do crime, na sua duração, no relacionamento entre agente e vítima e na atitude assumida pelo agente no decorrer do fato criminoso”.¹⁰⁴

As circunstâncias *lato sensu* se dividem em circunstâncias judiciais e circunstâncias legais, causas de especial aumento (parte geral e especial) ou diminuição qualificadoras (parte especial).

As circunstâncias judiciais, como já vimos, são aquelas previstas no art. 59 do Código Penal, já as circunstâncias legais são as chamadas agravantes e atenuantes, previstas nos artigos 61, 62 e 65 do CP.

As circunstâncias de que trata o art. 59, ao mencionar que o juiz deve ter em conta as circunstâncias do delito, ou seja, se refere a tudo o que contorna o crime e que não se enquadra dentre as circunstâncias legais, causas de especial aumento ou diminuição e qualificadora, evitando “*bis in idem*”.

6.8 Conseqüências do crime

Nesse momento o juiz deverá analisar o dano causado pelo crime, pois quanto maior o dano, maior a reprovabilidade da conduta.

Segundo ensina Luiz Rodrigues WAMBIER, o dano é “A situação resultante de ato ou omissão, ilícitos ou não, em que alguém, de forma culposa ou em razão do exercício de dada atividade, cujos riscos deva suportar, cause menos valia no

¹⁰³ FERREIRA, Gilberto. **Aplicação da Pena**, p. 91.

¹⁰⁴ BEMFICA, Francisco Vani. **Da lei penal, da pena, sua aplicação, da execução da pena**, p. 93.

patrimônio da vítima, mesmo que relativa a interesses não apreciáveis economicamente, possibilitando, via conseqüência, o nascimento da pretensão ressarcitória.”¹⁰⁵

O dano poderá ser moral ou material; o dano material causará um prejuízo patrimonial à vítima e será mais facilmente aferido em moeda; o dano moral se refere a sentimentos, sofrimentos físicos ou morais, para a vítima ou sua família.

Conforme ensina Juarez Cirino dos SANTOS:

As conseqüências do fato designam outros resultados de natureza pessoal, afetiva, moral, social, econômica ou política produzidos pelo crime, dotados de significação para o juízo de reprovação, mas inconfundíveis com o resultado do próprio tipo de crime: o efeito de penúria da vítima em crimes patrimoniais, o sofrimento material e moral da vítima ou de seus dependentes em crimes violentos, a extensão social dos danos pessoais ou patrimoniais da criminalidade estrutural ou sistêmica etc.¹⁰⁶

Ou seja, não poderá o juiz agravar a pena em razão, por exemplo, de em um crime de homicídio, cuja conseqüência tenha sido grave, posto que houve morte da vítima, pois este detalhe já faz parte do tipo penal.

É importante mencionar que, muitas vezes, o juiz deverá se voltar para as conseqüências futuras, principalmente nos casos de crimes cometidos contra crianças, abusos, crimes sexuais, que irão trazer conseqüências importantes que se propagarão até para a vida adulta da vítima.

6.9 Comportamento da vítima

Foi apenas no final do século passado, lá por volta de 1940, é que surgiram os primeiros estudos em vitimologia.; até esse momento só era importante para o direito penal o crime e o criminoso.

Com o tempo percebeu-se que em muitos casos a vítima assumia um papel importantíssimo no acontecimento do fato criminoso. Muitas vezes seu comportamento era a causa direta do crime.

¹⁰⁵ WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Liquidação do Dano: aspectos substanciais e processuais**, p.93.

¹⁰⁶ SANTOS, Juarez Cirino Dos. **Teoria da pena; fundamentos políticos e aplicação judicial**, p.115.

A vitimologia tem se firmado como ciência autônoma, muito embora seja muitas vezes tratada como um capítulo da criminologia. Essa ciência tem-se inclinado a estudar a personalidade da vítima, de maneira tão profunda como o da personalidade do delinqüente na criminologia, “abrangendo seus aspectos biológicos, psicológicos e sociológicos, no plano de sua individualidade e relação com o mundo circundante”.¹⁰⁷

Admite-se hoje, até mesmo falar em vítimas-natas, como falava LOMBROSO acerca do criminoso-nato (conceito já superado), indivíduos que desde que nasceram, fizeram tudo para se colocar em situações em que se tornassem vítimas, seja de maneira consciente ou inconsciente.¹⁰⁸

Para René Ariel DOTTI, “o pensamento reformador do ordenamento penal da atualidade tem uma de suas bases essenciais fincada na consideração da vítima como pedra angular do delito. (...) É até recomendável que a doutrina elabore um direito penal da vítima”.¹⁰⁹

Para Roque de BRITO ALVES, o maior mérito das pesquisas vitimológicas foi a “superação do pensamento antigo ou tradicional acerca da vítima do crime como alguém por si mesmo (o que seria sugerido pelo próprio vocábulo, conceito ou idéia de ‘vítima’) inofensivo, sofredor, inócuo, passivo, inocente, sem culpa alguma pelo crime que sofreu”.¹¹⁰

Hoje, a vitimologia admite a contribuição, em diversos graus, da vítima no delito.

Em nosso Direito, o conceito de vítima, enquanto sujeito passivo que sofre a lesão, pode ser classificado em: “vítima *estrito sensu*, para designar os sujeitos passivos de crimes contra a pessoa; *ofendido*, para designar os sujeitos passivos de crimes contra a honra e os costumes; e *lesado*, para definir os sujeitos passivos de crimes contra o patrimônio”¹¹¹

A figura da vítima é de extremada importância para o Direito Penal brasileiro. Tal afirmativa pode ser comprovada pelos diversos artigos de nosso código que evidenciam o papel da vítima e seu comportamento.

BEMFICA nos dá alguns exemplos:

¹⁰⁷ ALVES, Roque de Brito. **Criminologia**, p.91-92.

¹⁰⁸ *Ibidem*, p.93.

¹⁰⁹ BEMFICA, Francisco Vani. **Da lei penal, da pena, sua aplicação, da execução da pena**, p.93.

¹¹⁰ ALVES, Roque de Brito. **Criminologia**, p.100.

¹¹¹ BEMFICA, Francisco Vani. **Da lei penal, da pena, sua aplicação, da execução da pena**, p.97.

Art. 20, §3º - erro sobre a pessoa, em que manda considerar as qualidades ou condições da pessoa visada pelo agente em detrimento da que foi atingida;

Art. 23, II e 25 – legítima defesa, em que é considerada a agressão injusta praticada pela vítima;

Art. 59 – fixação da pena, na qual o juiz deve levar em conta o comportamento da vítima;

Art. 61, II – que considera agravante o fato de: estar a vítima impossibilitada de se defender, ser ascendente, descendente, irmão ou cônjuge do agente; ser submetida a agressão por meio cruel, ser criança, velho ou enfermo; de estar sob a imediata proteção da autoridade; estar sofrendo particular desgraça por ocasião do crime;

Art. 65, III – que considera atenuante o fato de: ter a vítima provocado no réu repulsa considerada de relevante valor moral ou social; ter a vítima provocado injustamente o réu, ter o réu espontânea e eficientemente procurado minorar as conseqüências do crime, auxiliando de alguma forma a vítima;

(...)

Art. 121, §2º, III e IV: que considera qualificadora ser a vítima submetida à agressão por meio cruel e de estar impossibilitada de se defender por ocasião do crime.

(...)¹¹²

Ou seja, existem diversos dispositivos em nosso Código Penal que demonstram a importância desse tema. Como se sabe, a vítima pode ter diversos comportamentos e por tal razão se propõe uma classificação dessas, conforme o fez Edgar de Moura BITTENCOURT.¹¹³

O mencionado autor classificou as vítimas de acordo com seus comportamentos e grau de contribuição para o crime. Chegou à conclusão de que existem vítimas completamente inocentes (vítimas ideais); vítimas menos culpadas que o delinqüente (vítimas por ignorância); vítimas tão culpadas quanto o delinqüente (vítimas provocadoras); vítimas mais culpadas que o delinqüente (pseudovítimas) e, por fim, vítimas como únicas culpadas (agressoras).¹¹⁴

Outra classificação formulada por Benjamín MENDELSON e trazida à colação por Sandro D'Amato NOGUEIRA é:

1 – Vítima completamente inocente ou vítima ideal: é a vítima inconsciente que se colocaria em 0% absoluto da escala de Mendelsohn. É a que nada fez ou nada provocou para desencadear a situação criminal, pela qual se vê danificada. Ex. incêndio

2 – Vítima de culpabilidade menor ou vítima por ignorância : neste caso se dá um certo impulso involuntário ao delito. O

¹¹² BEMFICA, Francisco Vani. Da lei penal, da pena, sua aplicação, da execução da pena, p.98.

¹¹³ *Ibidem*, p. 99.

¹¹⁴ *Ibidem*, p.99.

sujeito por certo grau de culpa ou por meio de uma ato pouco reflexivo causa sua própria vitimização. Ex. Mulher que provoca um aborto por meios impróprios pagando com sua vida, sua ignorância.

3 – Vítila tão culpável como o infrator ou vítima voluntária: aquelas que cometem suicídio jogando com a sorte. Ex. roleta russa, suicídio por adesão à vítima que sofre de enfermidade incurável e que pede que a matem, não podendo mais suportar a dor (eutanásia) a companheira(o) que pactua um suicídio; os amantes desesperados; o esposo que mata a mulher doente e se suicida.

4 – Vítila mais culpável que o infrator. Vítila provocadora: aquela que por sua própria conduta incita o infrator a cometer a infração. Tal incitação cria e favorece a explosão prévia à descarga que significa o crime.

Vítima por imprudência: é a que determina o acidente por falta de cuidados. Ex. quem deixa o automóvel mal fechado ou com as chaves no contato.

5 – Vítila mais culpável ou unicamente culpável.

Vítima infratora: cometendo uma infração o agressor cai vítima exclusivamente culpável ou ideal, se trata do caso de legítima defesa, em que o acusado deve ser absolvido.

Vítima simuladora: o acusador que premedita e irresponsavelmente joga a culpa ao acusado, recorrendo a qualquer manobra com a intenção de fazer justiça num erro.

Meldelsohn conclui que as vítimas podem ser classificadas em 3 grandes grupos para efeitos de aplicação da pena ao infrator:

1 – Primeiro grupo: vítima inocente: não há provocação nem outra forma de participação no delito, mas sim puramente vitimal.

2 – Segundo grupo: estas vítimas colaboraram na ação nociva e existe uma culpabilidade recíproca, pela qual a pena deve ser menor para o agente do delito (vítima provocadora)

3 – Terceiro grupo: nestes casos são as vítimas as que cometem por si a ação nociva e o não-culpado deve ser excluído de toda pena.¹¹⁵

Não obstante existam diversas classificações, não existe uma classificação única, muito embora sejam estas muito semelhantes ao menos essencialmente.

Como pode se aferir, a culpabilidade varia de acordo com cada um desses comportamentos e, por óbvio, quanto maior a participação da vítima, menor deverá ser o grau de reprovabilidade da conduta.

O juiz deverá estar atento a isso, no momento de fixar a pena-base, pois muitos comportamentos vitimais podem servir para justificar a conduta do agente, no sentido de ser mais compreensível o agir do delinqüente.

Segundo Antonio VIANNA, ao versar sobre o comportamento da vítima:

Trata-se evidentemente de conduta ativa por parte da vítima que induza o réu à prática do crime. Não justifica a diminuição de pena nos crimes contra os costumes a mera roupa provocante com a qual desfila a moça em local ermo, pois ninguém é obrigado a trajar-se com recato. Por outro lado, a

¹¹⁵ NOGUEIRA, Sandro d'Amato. **Vitimologia, lineamentos à luz do art. 59 caput do Código Penal brasileiro**, pp. 03/04.

moça que aceita ir a um motel com um rapaz e lá, após as tradicionais preliminares, desiste da cópula no último momento, certamente contribui com seu comportamento para a prática de estupro naquele momento. A clara diferença entre os dois comportamentos das vítimas está na absoluta passividade do primeiro e na atividade do segundo.¹¹⁶

Um exemplo é o do sujeito desatento que esquece sua carteira volumosa em algum ambiente de acesso fácil a estranhos e, assim, facilita o cometimento do furto.

Assim, "o comportamento do ofendido deve ser apreciado de modo amplo no contexto da censurabilidade do autor do crime, não só diminuindo, mas também aumentando, eventualmente. Não deve ser igual a censura que recai sobre quem rouba as fulgurantes jóias que uma senhora ostenta e a responsabilidade de quem subtrai donativos, por exemplo, do Exército da Salvação".¹¹⁷

¹¹⁶ VIANNA, Túlio Lima. Roteiro Didático de Fixação das Penas. In.: **Justilex**, pp. 64-66.

¹¹⁷ NOGUEIRA, Sandro D'Amato. **Vitimologia, lineamentos à luz do art. 59 caput do Código Penal brasileiro**, p. 6.

7 MÉTODOS DE FIXAÇÃO DA PENA-BASE

Já sabemos que, conforme expõe o legislador no art. 59 do CP, o juiz tem livre apreciação das circunstâncias judiciais. Entretanto, deve haver um modo de proceder, para que não haja abusos ou injustiças.

A questão mais discutida é o ponto de partida que deve ser adotado pelo juiz para fixar a pena-base, já que o legislador não mencionou nada a esse respeito.

Muito embora hoje a jurisprudência tenha se firmado no sentido de fixar o critério do “termo mínimo”, ou seja, partindo-se do mínimo abstratamente cominado para o delito, iremos produzir um raciocínio mais aprofundado acerca desse tema.

Alguns autores, entre eles Nelson HUNGRIA, defendem que, ao fixar a pena-base, o juiz deve partir de um termo médio, entre o máximo e o mínimo da pena cominada abstratamente:

O ‘temo médio’ a que nos referimos não obedece a rigor aritmético (como no código revogado) e resulta de uma injeção de lógica e de bom senso, a que não poderia alhear-se o novo Código. Se as circunstâncias judiciais se equivalem (ou se não puderem ser apuradas no caso concreto), a boa razão não permite outra solução que não seja a de que a pena-base seja uma pena ‘média’ entre o mínimo e o máximo cominados *in abstracto*. Se a seguir, verifica-se a inexistência de agravantes ou atenuantes obrigatórios, ou umas e outras se compensam, neutralizando-se (solução ditada a *contrario sensu* pelo art. 49), a pena média calculada como pena-base passará a ser a pena aplicada *in concreto*, caso não ocorram causas de especial aumento ou diminuição.¹¹⁸

Os autores que defendem esse raciocínio acreditam ser este o melhor método por considerarem que, se partisse de um grau mínimo, as atenuantes seriam inócuas, uma vez que a pena não poderia ser reduzida abaixo do mínimo legal, havendo injustiça em relação àqueles que só possuem circunstâncias a seu favor.

Entretanto, vamos verificar que esse método do “termo médio” nem sempre beneficia o réu.

Gilberto FERREIRA critica este método ao mencionar que, muito embora este seja o método mais lógico, à primeira vista o mais correto, nem sempre será o mais justo:

¹¹⁸ FERREIRA, Gilberto. **Aplicação da Pena**, p.65.

Tomemos um exemplo: no recesso do lar, o marido agride a esposa, em quem causa lesões corporais de natureza leve. Para fixação da pena-base, o juiz parte do termo médio. Como para esse crime, nos termos do art. 129, a pena mínima é de três meses e a máxima de um ano, o termo médio será de sete meses e quinze dias. E depois de analisar as circunstâncias judiciais, conclui que de um lado teria que agravar a pena em três meses, tendo em vista o grau de reprovabilidade da conduta e os motivos que eram insignificantes, mas que de outro, teria que reduzir a pena igualmente em três meses, em virtude de possuir o agente bons antecedentes e ter a vítima, com seu comportamento impensado, colaborado intensamente para a eclosão dos acontecimentos. Assim o juiz elevaria a pena para 10 meses e 15 dias e em seguida, reduziria para sete meses e meio, encontrando a pena-base, que outra não seria que o termo médio, sobre o qual procedeu as modificações. (...) Agora, utilize-se o mesmo raciocínio partindo da pena mínima, que seriam três meses. O juiz a elevaria para seis meses em virtude do acréscimo de três meses e reduziria em três meses, quedando-se obviamente em três meses, que seria a pena-base final.¹¹⁹

Dessa forma, como demonstrou o mencionado autor, sempre que houver um equilíbrio entre circunstâncias judiciais favoráveis e desfavoráveis, a adoção do método do termo médio trará prejuízo ao réu.

Gilberto FERREIRA argumenta ainda que a justificativa apresentada pelos defensores da teoria do termo médio - de que a adoção do termo mínimo prejudicaria aquele que possui apenas atenuantes - por não ser possível redução da pena abaixo do mínimo legal não é válida, já que isso também poderia ocorrer na adoção do termo médio:

Tome-se o exemplo já citado. Pena média de sete meses e 15 dias. Verificando que as circunstâncias são todas favoráveis, o juiz reduz a pena para o seu mínimo legal, ou seja, para três meses. Ocorre que o réu na época do fato tinha 19 anos, militando em seu favor a circunstância atenuante prevista no art. 65, I.

Ora, essa circunstância, embora atenuante, não poderá ser considerada porque (...) o sistema jurídico não permite que circunstâncias legais ultrapassem os limites máximos e mínimos fixados em abstrato pelo legislador.

Que haverá prejuízo haverá, mas este ocorre em qualquer dos métodos. A única maneira de evitá-lo seria alterar o sistema, permitindo a atenuação da pena abaixo do mínimo legal. [grifo nosso].¹²⁰

Assim, à primeira vista, o método mais benéfico, ou o que menor prejuízo traria, seria o método do termo mínimo, entretanto, alguns autores defendem ainda outro método diverso.

Segundo Francisco Vani BEMFICA, deve-se utilizar um cálculo aritmético:

¹¹⁹ FERREIRA, Gilberto. **Aplicação da Pena**, p.65.

¹²⁰ *Ibidem*, p.66.

São oito as condições que integram o art. 59. Atribui-se a cada uma delas um grau de pena que vai do mínimo ao máximo, prevista abstratamente. Somam-se esses graus e vide-se o resultado pelo número de circunstâncias. Exemplo: João matou a Pedro. Agiu com dolo intenso. Seus antecedentes são bons. Sua conduta social é razoável. Sua personalidade, idem. Os motivos lhe são contrários. Suas conseqüências não foram graves. O comportamento da vítima não concorreu, de qualquer forma, para a atuação criminosa do agente.

Dá-se a cada uma destas circunstâncias um grau de pena. Divide-se a soma dos graus pelo número de circunstâncias e encontra-se a pena-base, assim, 20, 6, 10, 10, 20, 6, 6, 20. Soma 98 que dividimos por oito, dão 12 anos e 25 dias.¹²¹

Não obstante os argumentos trazidos à colação pelos autores que defendem cada um dos três métodos mencionados, é fácil perceber que nenhum desse métodos está livre de falhas e de gerar injustiças.

O que se percebe no caso do ultimo método apresentado, que aqui chamaremos de método da "média ponderada" é que há na verdade uma pré-fixação do *quantum* de tempo de pena que corresponde a cada circunstância judicial.

Ora, se consideramos que cada circunstância poderá estar fixada no mínimo, meio ou máximo da pena em abstrato, colocando os valores, por exemplo, num crime que tenha como pena em abstrato de 10 a 20 anos, como 10 ("mínimo" para circunstâncias totalmente favoráveis ao réu), 15 ("médio", para circunstâncias razoavelmente favoráveis ao réu) e 20 ("máximo" para circunstâncias totalmente desfavoráveis ao réu), estaremos obviamente admitindo que cada circunstância tenha como valor 1/8 do intervalo de tempo da pena em abstrato (10 a 20 anos, implica em 10 anos de intervalo), ou seja, cada circunstância deverá corresponder a 12,5 % do intervalo de pena, no caso 1 ano e três meses para cada circunstância judicial.

Esse raciocínio se aplicaria a qualquer crime, desde que se calculasse o correspondente desse percentual de acordo com o intervalo de tempo existente entre o mínimo e o máximo de pena em abstrato.

Entretanto, tal raciocínio, muito embora lógico, não corresponde ao intuito do legislador ao criar o artigo 59 ou o fim ao qual a pena se propõe.

O legislador se tivesse como intuito estabelecer um critério de valor (no caso 12,5 % ou 1/8 do intervalo entre a pena mínima e máxima), tê-lo-ia feito, mas ao contrário, além de não se manifestar a esse respeito, abriu um espaço de liberdade

¹²¹ BEMFICA, Francisco Vani. *Da lei penal, da pena, sua aplicação, da execução da pena*, p. 94.

para que o juiz apreciasse livremente essas circunstâncias, não fixando hierarquia entre elas e muito menos colocando valores. Caberá unicamente ao juiz fixar o *quantum* de pena aumentará ou diminuirá em razão de cada circunstância judicial. O que se pode esperar do magistrado nesse momento é que ele utilize o bom senso e siga o princípio da proporcionalidade, nunca esquecendo o fim pelo qual a punição está sendo fixada, o de ser a pena necessária e suficiente para a reprovação do crime.

Ademais, o raciocínio da “média ponderada” exclui a possibilidade de considerarmos as atenuantes ou agravantes. Se cada circunstância equivale a 1/8 do intervalo de pena, então muitas vezes não sobrar espaço para aumento ou diminuição dessa em razão da incidência de atenuantes ou agravantes.

É o que ocorre no caso de um crime, pena 10 a 20 anos, em que todas as circunstâncias judiciais são totalmente desfavoráveis ao réu. A média seria: $(20 + 20 + 20 + 20 + 20 + 20 + 20) \div 8$ (número de circunstâncias judiciais) = 20 anos.

A pena-base seria o máximo legal, ou seja, se contra o réu ainda existissem agravantes, a pena não poderia ser aumentada. O mesmo raciocínio se aplica no caso de só concorrerem circunstâncias favoráveis ao réu e ainda atenuantes, a pena-base já seria fixada no mínimo e as atenuantes seriam inócuas.

Como se vê, estaríamos diante do mesmo problema encontrado na teoria do “termo mínimo”; autores que defendem a adoção do “termo médio” se justificavam por esse raciocínio. As atenuantes seriam inócuas no caso de circunstâncias apenas favoráveis ou de equilíbrio entre circunstâncias favoráveis e desfavoráveis que se neutralizam.

Igualmente falhos, portanto, os métodos do “termo mínimo” e “média ponderada”.

No mesmo caso citado (pena de 10 a 20 anos), agora se adotando o método do “termo médio”, partindo-se, pois, da metade, 15 anos e só existindo circunstâncias judiciais desfavoráveis, o juiz poderia aumentar a pena em três meses em razão de cada circunstância, aumentando no final (três meses vezes oito) dois anos, chegando à pena-base de 17 anos e ainda, sobre esta aplicaria as agravantes.

Ora, estaríamos diante de uma injustiça. O mesmo crime e as mesmas circunstâncias totalmente desfavoráveis, julgado por juízes diferentes, cada um com

um método, acarretaria uma grande desproporção entre as penas-base encontradas (ora 17 ora 20).

Isso ocorre porque não há critério estabelecido para definir o *quantum* de aumento ou diminuição merece cada circunstância judicial. No exemplo acima citado o juiz fixou três meses, pois assim entendeu ser o justo. Mas nada impediria que ele tivesse fixado cinco meses, dois meses, ou até um ano, pois o legislador nada disse a esse respeito.

O método do “termo médio”, por sua vez, nos levaria a pensar, qual a lógica adotada para se tomar o termo médio como ponto de partida? Por que não o mínimo, como na teoria do “termo mínimo”, que visa trazer benefício ao réu, ou até o máximo?

Tentando chegar a uma resposta, a única conclusão a que chegamos é que, entre escolher um método muito benéfico (partindo do mínimo) ou muito maléfico (partindo do máximo) ao réu, o melhor seria sempre o meio termo.

Poderíamos argumentar que o “homem médio” é aquele que comete o crime em equilíbrio de circunstâncias e por isso deve-se partir do meio, (esta afirmação é perigosa, seria necessário analisar estatísticas a este respeito). Se o legislador fixou um mínimo e um máximo, é por que pensou na metade como ponto de partida (o homem médio que comete um crime em equilíbrios de circunstâncias favoráveis e desfavoráveis) e deu espaço para reduzir a pena daquele que cometeu o crime em circunstâncias muito mais favoráveis, o homem “bom” dentro do possível (não por ser inocente, mas por ter tido “motivações” “compreensíveis”), podendo este chegar ao mínimo da pena em abstrato. Da mesma forma, haveria um espaço para que aquele homem que extrapola seus instintos agressores e comete o crime em todas as circunstâncias desfavoráveis, esse que merece maior reprimenda, porque representa maior perigo, chegaria, portanto, ao máximo de pena em abstrato.

Mas será que este foi o intuito do legislador? Se fosse isso, então por que não fez qualquer menção a esse método? Na verdade, o legislador não mencionou qualquer método, deixou em aberto. O juiz não está obrigado a aplicar um ou outro método, o que certamente parece ser uma grande irresponsabilidade da lei e, como vimos, poderão ocorrer diversos problemas e injustiças na adoção de métodos diferentes para casos semelhantes.

Concluimos então que não existe método perfeito, todos apresentarão falhas. Não sugerimos nem um nem outro, nem apresentamos um método alternativo por

entendermos que este fim só poderia ser alcançado em uma pesquisa aprofundada e por meio de métodos específicos de estudo, o que não condiz com o objetivo deste trabalho.

Não obstante, o que defendemos é, independente do método adotado, que o Juiz deverá descrever o método que utilizou, de que termo partiu, não poderá fazer menção genérica às circunstâncias judiciais analisadas, deverá descrevê-las uma a uma e indicar o *quantum* aumentou ou diminuiu a pena em razão das opções feitas.

A fundamentação da decisão que fixou a pena-base é o que servirá de parâmetro para dizermos se os critérios utilizados pelo juiz e a valoração dada a cada circunstância judicial são justos. Um aumento exacerbado ou uma redução exagerada poderá tranquilamente encontrar embasamento na fundamentação razoável e convincente do juiz, que demonstre sua plena convicção a respeito da pena estipulada.

Para concluir este capítulo, vale frisar que, hoje, o critério adotado de origem jurisprudencial é o critério “termo mínimo”, ou seja, o ponto de partida será o mínimo cominado para o delito, seja simples ou qualificado. Apenas quando as circunstâncias forem englobadamente desfavoráveis se fixará a pena acima do mínimo legal.¹²²

¹²² KUEHNE, Maurício. **Teoria e Prática da Aplicação da Pena**, p.255.

8 AS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS E SUA VALORAÇÃO NO CASO CONCRETO

Não obstante uma decisão bem fundamentada tenha o condão de legitimar o raciocínio empregado pelo magistrado no momento da valoração das circunstâncias judiciais, devemos sempre buscar um equilíbrio entre o valor da cada aumento ou diminuição, ou seja, se o legislador não fixou uma hierarquia de circunstâncias judiciais, isso significa que não há uma ordem de importância, e que, portanto, não se justifica, por exemplo, reduzir a pena em um mês em razão da conduta social favorável e em seguida aumentar em seis meses a pena em razão da personalidade agressiva do réu. Deve haver uma proporcionalidade, se aumento em três meses, diminuo em três meses.

Em que pese este raciocínio, o que se vê na maioria dos julgados é que a valoração das circunstâncias judiciais é feita em conjunto, ou seja, todas são analisadas e justificadas e após, a pena-mínima é fixada de uma vez só, de acordo com o conjunto de circunstâncias favoráveis ou desfavoráveis, sem referência ao quanto cada uma destas separadamente influenciou nessa fixação.

Nada impede que esse procedimento seja adotado, pois não há critério fixado pela lei, entretanto, de tal procedimento não foge a obrigatoriedade de fundamentação da decisão judicial e o princípio da razoabilidade.

Muitos julgadores têm-se inclinado no sentido de sobrevalorizar certas circunstâncias como a primariedade e bons antecedentes, no sentido de fixar a pena-base no mínimo legal principalmente pela presença dessas circunstâncias, desconsiderando as demais que são desfavoráveis ao réu:

Circunstâncias judiciais favoráveis: pena-base no mínimo – TRF da 4ª Região: Se o réu é primário e o conjunto de vetores estabelecidos no art. 59 do CP lhe são favoráveis, admissível a fixação da pena-base em seu mínimo legal em face da preponderância do fato da primariedade. (RT 763/700).¹²³

Contudo, tal visão não é unânime, poderão existir condenações acima do mínimo, mesmo na presença dessas duas circunstâncias favoráveis, muito embora não se pudesse admitir, por questão de razoabilidade, que, no caso acima apresentado, se fixasse a pena próxima ao máximo legal.

¹²³ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código Penal Interpretado**, p.443.

O que devemos ter em mente, no entanto, é que não existem critérios fixos ou pré-estabelecidos em relação à valoração das circunstâncias judiciais. Como veremos, a maioria dos julgadores parte da pena mínima e passa a considerar as circunstâncias judiciais, valorando-as em conjunto ou separadamente, fixando a pena-base no mínimo ou próximo dele quando o conjunto de circunstâncias é favorável ao réu ou chegando próximo ao meio da pena em abstrato quando as circunstâncias são desfavoráveis. Dificilmente encontraremos julgados que tenham fixado o máximo legal em razão meramente das circunstâncias judiciais, muito embora não haja nenhuma proibição legal. Como se trata de uma análise subjetiva, aqui prevalecerá quase que exclusivamente o bom senso do magistrado.

Alguns exemplos de julgados podem nos servir para complementar o que acaba de ser exposto:

TJRN: (...) *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. 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, recomenda-se o ajuste da reprimenda ao patamar suficiente à reprovação e repressão do crime perpetrado. (RT 805/657). (...)*

TARS: *favoráveis, em sua maioria, as moduladoras do art. 59 do CP, ao agente deve o apenamento básico aproximar-se do mínimo legal, impondo-se, em se cuidando de injustificável exacerbação, seu redimensionamento. Apelação provida em parte, reduzindo-se a pena privativa de liberdade. (JTAERGS104).(...)*

Circunstâncias desfavoráveis: pena no limite máximo – TAMG: *a extrema intensidade do dolo e as gravíssimas conseqüências do delito, devidamente delineadas no decreto condenatório, podem autorizar a fixação da pena em grau máximo, tendo em vista que a dosimetria há de ater-se à proporção do delito e adequar-se às características individuais do réu, exercendo função de terapia jurídica e visando a readaptação social do condenado, sem ouvir a principal função preventiva da pena. (RT 777/703).(...)*

TJPA: (...) *Sendo as circunstâncias, ou seja, a culpabilidade, os antecedentes, a personalidade, os motivos peculiares dos fatos e as conseqüências do crime, todas desfavoráveis ao apenado, deve a pena-base afastar-se do mínimo cominado pela lei e ter seu quantum fixado próximo ao grau médio, pelo que, no caso, se impôs o provimento do recurso para estabelecê-la em 10 anos de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime fechado (RT 818/654).(...)*

TJRS: *Não sendo todas as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP favoráveis ao réu, não pode a pena ser fixada no mínimo legal. (RJTJERGS 216/162).(...)*

TJRS. *Na fixação da pena-base, o aplicador vai se afastando do mínimo legal na medida em que incidem as operadoras desfavoráveis. No caso em tela, a culpabilidade, a personalidade, os motivos e as conseqüências são desfavoráveis, o que enseja um afastamento superior a*

*06 meses, considerando que a pena varia de 20 a 30 anos (RJTJERGS 219/66).*¹²⁴

¹²⁴ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código Penal Interpretado**, p. 444.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como já mencionamos neste trabalho, o artigo 59 do Código Penal brasileiro traz oito circunstâncias chamadas judiciais, para serem analisadas discricionariamente pelo juiz no momento da fixação da pena-base.

Não obstante, discricionariedade não significa arbitrariedade. O espaço é muito limitado, pois, mesmo que a lei não tenha imposto outros limites que não o de estipular um número fixo (oito circunstâncias, nem mais nem menos) para serem analisadas, a doutrina e a jurisprudência têm endurecido o raciocínio acerca de cada uma das circunstâncias judiciais, no sentido de conceituar cada uma delas e dizer o que deve ou não deve ser considerado para análise.

Tal evolução, a nosso ver, é na verdade de suma importância, pois será justamente esta constante discussão doutrinária e jurisprudencial o caminho para resolver os inúmeros problemas existentes no modelo atual.

O problema, entretanto, se encontra análise de cada circunstância, senão vejamos:

a) em primeiro lugar, não há um conceito único de personalidade, o juiz não tem condições de defini-la, não tem conhecimento suficiente para isso. Na prática, o pouco contato do juiz com o réu inviabiliza até mesmo um mero esboço acerca de sua personalidade;

b) a conduta social muitas vezes é tomada como desabonadora, representando aumento da pena, o que a nosso ver representa uma afronta ao princípio da presunção de inocência;

c) a culpabilidade, no final das contas, é nada mais nada menos que a grande “mãe” das circunstâncias judiciais, pois o que ela mede é o grau de reprovabilidade da conduta e por tal motivo poderia abarcar em seu conceito todas as demais circunstâncias; unidas elas formam um maior ou menor juízo de reprovação da conduta (culpabilidade);

d) há dúvidas sobre os antecedentes criminais a serem considerados, discute-se se condutas criminais sem condenação podem servir a este título. Nosso posicionamento se mostra no sentido de não considerar a título de antecedentes, ocorrências criminais que não possuam correspondente condenação por meio de

sentença definitiva, por entendermos que pensamento em contrário estaria ferindo o princípio constitucional da presunção de inocência;

e) os motivos do crime nem sempre são facilmente encontrados, e as conseqüências do crime nem sempre são visíveis, podem se manifestar apenas futuramente, por exemplo;

f) o *quantum* de aumento ou diminuição corresponderá a cada circunstâncias, para o método de análise destas; o ponto de partida etc, não há previsão legal, o juiz é livre para decidir, a princípio, mas isso pode gerar decisões conflitantes, injustiças, penas muito discrepantes em situações semelhantes;

g) muitas circunstâncias judiciais podem gerar "*bis in idem*", se consideradas duplamente, nesta fase e na segunda ou terceira fase da aplicação da pena (agravantes ou causas especiais de aumento).

Estes são alguns dos problemas que poderão ser encontrados pelo magistrado na fixação da pena-base; percebe-se, portanto, que essa é uma tarefa difícil e repleta de armadilhas, da qual o juiz não poderá se esquivar.

Devido a esses obstáculos que muitas vezes se formam injustiças, sentenças que estipulam penas inadequadas que em nada servirão para retribuir ou prevenir novos crimes.

Por outro lado, não há como negar a imensa importância das circunstâncias judiciais para a realização do princípio constitucional da individualização da pena, pois será nesta fase que se dará início a esse processo, que se arrastará pelas demais fases da fixação da pena.

Muito embora existam dificuldades na aplicação dessas circunstâncias, não há como negar o grande avanço que foi a sua inclusão em nosso Código Penal, da maneira como se encontram dispostas, hoje, desde a reforma de 1984.

Não pregamos a extinção dessas circunstâncias sob o argumento de que são de difícil aplicação prática, mas entendemos que, para frear injustiças, será necessário uma maior discussão sobre o tema, podendo ser revisto o mencionado artigo de lei. Seria necessário a criação de conceitos mais definitivos acerca de cada circunstâncias, que propiciem maior segurança ao magistrado e que sejam capazes de extinguir as injustiças possíveis nessa fase.

Tal discussão levará ao aperfeiçoamento do tema e proporcionará maior concretude aos princípios envolvidos, primordialmente o princípio da individualização da pena.

Não obstante, enquanto tal fenômeno não se dá por acabado, qualquer decisão judicial, nos moldes atuais que aferem liberdade para decidir acerca das circunstâncias judiciais, será justa, desde que seja bem fundamentada, ou melhor, desde que o julgador exponha de maneira coerente seus motivos de convicção, norteado pelo bom senso e pela idéia maior de justiça, de adequada punição, em conformidade com todos os princípios constitucionais já mencionados neste trabalho.

REFERÊNCIAS

ALVES, Roque de Brito. **Criminologia**. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

AZEVEDO, David Teixeira de. **Dosimetria da Pena: causas de aumento e diminuição**. São Paulo: Malheiros, 1998.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e Das Penas**. São Paulo: Martin Claret, 2000.

BEMFICA, Francisco Vani. **Da lei penal, da pena, sua aplicação, da execução da pena**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**. 3ª ed. São Paulo: Forense, 1967.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal - parte Geral**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

CARVALHO, Salo de. **Aplicação da Pena e Garantismo**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

CERQUEIRA, Josemar Dias. **Dosimetria Da Pena: História E Direito Comparado**. Disponível em: <http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/default.asp?action=doutrina&iddoutrina=2244>>. Acessado em: 21 set 2006.

DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal – parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

FERREIRA, Gilberto. **Aplicação da Pena**. Rio de Janeiro: Forense. 1997.

GALVÃO, Fernando. **Aplicação da Pena**. Belo Horizonte: Del Rei, 1995.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A Motivação das Decisões Judiciais**. São Paulo: RT, 2001.

HUNGRIA, Nelson. **Curso de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva. 1954.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal**. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

KUEHNE, Maurício. **Teoria e Prática da Aplicação da Pena**. 5ª Ed. Curitiba: Juruá, 2005.

LUISI, Luiz. **Os Princípios Constitucionais Penais**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1991.

MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. **Fundamentos da Pena**. São Paulo: Juarez de oliveira, 2000.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código Penal Interpretado**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.

NOGUEIRA, Sandro D'Amato. **Vitimologia, lineamentos à luz do art. 59, caput, do Código Penal brasileiro.** Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5061>> Acessado em: 19 set 2006.

NORONHA, Magalhães Edgard. **Curso de Direito Processual Penal.** São Paulo: Saraiva, 1995.

ROSA, Antônio José Miguel Feu. **Direito Penal – parte geral.** São Paulo: RT, 1995.

SANTOS, Juarez Cirino Dos. **Teoria da pena; fundamentos políticos e aplicação judicial.** Curitiba: ICPC, Lúmen Júris, 2005.

VIANNA, Túlio Lima. Roteiro Didático de Fixação das Penas. In.: **Justilex.** Brasília, ano 1, nº 11, nov. 2002. Disponível em: <<http://www.tuliovianna.org/?static=/textos/penas.html>> Acessado em 23 ago 2006.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. PIERENGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro.** 5ª ed. São Paulo: RT, 2004.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Liquidação do Dano: aspectos substanciais e processuais.** Porto Alegre: S. A. Fabris, 1988.

<http://www.derechopenalonline.com/index.php?id=19,289,0,0,1,0>. Texto de lei, disponível em 21/09/2006.

SUPERIOR TRIBUNAL FEDERAL. **Informativo 405.** Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/noticias/informativos/anteriores/info405.asp>>. Acessado em 21/09/2006.