

**FACULDADE DE DIREITO - UFPR
INSTITUTO DE CRIMINOLOGIA E POLÍTICA CRIMINAL - ICPC**

**ADEQUAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS E LEGAIS À
CORRETA APLICAÇÃO DA PENA**

**CURITIBA
2007**

ROSANA CARRIJO BARROSO

**ADEQUAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS E LEGAIS À
CORRETA APLICAÇÃO DA PENA**

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de especialista em Direito Penal e Criminologia do Curso de Pós-Graduação do Instituto de Criminologia e Política Criminal – ICPC.

Professor Orientador: Dr. Juarez Cirino dos Santos.

**CURITIBA
2007**

AGRADECIMENTOS

A construção da trajetória acadêmica tem inúmeras fases que merecem destaque, começando pela formação do aluno em sala de aula, passando pelos trabalhos de extensão e pesquisa e, sobretudo, com a permanente reflexão sobre os vários temas que se passa a conhecer de forma aprofundada no dia a dia do curso.

Na área do Direito especificamente, a trajetória é aprimorada e modificada diariamente, visto que o aluno presencia situações distintas, tanto no Direito Público, como no Direito Privado. E é inegável que, apesar de tamanha dinâmica de informações e circunstâncias, o Direito Civil e o Direito Penal, inversamente colocados, atraem mais a atenção do estudante pela forma direta de interligar a vida das pessoas que vivem em sociedade.

Nesse prisma, identifiquei-me mais com o Direito Penal, sempre procurando compreender alguns aspectos da complexa conduta humana tão estudada e debatida ao longo dos tempos e, fundamentalmente, por tratar delimitadamente, de medidas de constrição que retiram do homem um de seus maiores patrimônios: a liberdade.

Um breve giro no tempo e história do Direito Penal nos remete a uma singularidade sem igual sobre a variedade de concepções entre os diversos povos procurando sempre fixar regras de convivência e corrigir distorções de comportamento com sanções às transgressões cometidas respeitando sempre as crenças, os costumes e as tradições de cada país. Tudo pela garantia do que se denomina hoje o Direito na mais alta extração do sinônimo do bem pela Justiça, uma equação difícil e paradoxal.

Na exata razão desse antagonismo e contraponto, procurei identificar o problema da aplicação das circunstâncias judiciais e legais do crime na pena, apontando grave erro da grande maioria dos operadores do Direito sejam advogados, promotores e juízes, com incomensuráveis prejuízos à liberdade.

Com tal discussão, poder consolidar o que hoje considero uma verdadeira façanha acadêmica: exigir do aluno, manifestação incondicional e integral sustentação adquirida para atingir mais essa etapa da vida profissional.

Ressaltar – com especial admiração –, o conhecimento obtido nas aulas do professor Fábio André Guaragni, orgulho de todo aluno que se interessa pelo Direito Penal, tendo sido um privilégio tê-lo como orientador da Monografia de conclusão de

curso. Sua paixão pela disciplina é verdadeiramente motivadora a um maior empenho e dedicação dos alunos.

Também destacar as brilhantes exposições do também professor de Direito Penal, Luiz Eduardo Trigo Roncaglio, profundo conhecedor da disciplina e expoente do Ministério Público do Estado do Paraná. Não menos importante, a relevante contribuição da professora e hoje amiga, advogada Érica de Oliveira Hartmann, tão generosa e competente mestre do Direito Processual Penal.

A incrível experiência do projeto OAB – Cidadania, especialmente na figura de sua idealizadora e condutora, a advogada Lúcia Maria Beloni Correia Dias, cujo trato com a matéria e os estagiários é tão hermética que não conseguimos imaginar outra pessoa naquela função. Sua competência e amor à proposta, tem, anualmente, extraordinários resultados, dividindo-se tal êxito com a advogada que coordena as revisões criminais, amiga Caroline Coen.

Da vivência do trabalho como conciliadora no Juizado Especial Criminal de Curitiba, atuando com magistrados do quilate de Gilberto Ferreira, cuja obra Aplicação da Pena serviu de informação ao nosso estudo, de Roberto Portugal Bacellar, Athos Pereira Jorge Junior, Jorge de Oliveira Vargas e José Laurindo Souza Netto, num programa único na solução de conflitos de menor potencial ofensivo, obtendo expressivos avanços na prestação jurisdicional.

Pela oportunidade de atuar na 2.^a Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, sob a coordenação do desembargador Telmo Cherem, integrante do Órgão Especial, um dos mais conceituados magistrados paranaenses, cujo rigor e integridade na conduta pessoal e em suas decisões nos enriqueceram sobremaneira.

Por fim, pelo privilégio de fazer parte do seleto quadro de alunos de Direito Penal e Criminologia do Curso de Pós-Graduação do Instituto de Criminologia e Política Criminal – ICPC, o qual nos proporcionou aulas memoráveis com os mais conceituados doutores, culminando numa convivência ímpar e do maior orgulho dos paranaenses, o professor pós-doutor Juarez Cirino dos Santos.

Toda essa experiência estará marcada para sempre na minha memória e servirá de exemplo para minha vida pessoal e profissional com o orgulho de que cada momento, cada ensinamento, tudo, valeu a pena.

Muito obrigado a todos.

Dedico este trabalho à minha família,
fonte inesgotável de energia na busca do
conhecimento e na superação das
barreiras.

SUMÁRIO

RESUMO.....	vii
INTRODUÇÃO.....	01
1 TEORIAS DA PENA.....	05
1.1 TEORIA RETRIBUTIVA.....	07
1.2 TEORIA DA PREVENÇÃO GERAL.....	11
1.3 TEORIA DA PREVENÇÃO ESPECIAL.....	13
1.4 SISTEMA PLURALISTA.....	15
1.5 HERANÇA DAS TEORIAS DA PENA NA NOSSA LEGISLAÇÃO PENAL...	18
2 DOSIMETRIA DA PENA.....	22
2.1 PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA.....	23
2.2 DO ARBÍTRIO À DISCRICIONARIEDADE.....	25
2.3 DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL.....	26
2.4 MOTIVAÇÃO: DA INEXIGIBILIDADE À GARANTIA CONSTITUCIONAL....	28
2.5 SISTEMA TRIFÁSICO DE APLICAÇÃO DA PENA.....	34
2.6 CONCEITUAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS:.....	37
2.6.1 Culpabilidade.....	39
2.6.2 Antecedentes.....	41
2.6.3 Conduta Social.....	49
2.6.4 Personalidade do Agente.....	52
2.6.5 Motivos.....	54
2.6.6 Circunstâncias do Crime.....	55
2.6.7 Conseqüências do Crime.....	56
2.6.8 Comportamento da Vítima.....	57
3 CIRCUNSTÂNCIAS LEGAIS AGRAVANTES.....	59
3.1 QUAIS SÃO?.....	59
3.2 A REINCIDÊNCIA.....	60
3.2.1 Conceito.....	61
3.2.2 Espécies.....	64
3.2.3 Fundamento.....	64
3.2.4 Certidão Cartorária.....	67
3.3 MOTIVO FÚTIL OU TORPE.....	69

4 CIRCUNSTÂNCIAS LEGAIS ATENUANTES.....	71
4.1 QUAIS SÃO?.....	71
4.2 CONFISSÃO ESPONTÂNEA	72
4.3 ATENUANTE INOMINADA	75
5 CÁLCULO DA PENA PROVISÓRIA.....	86
5.1 PENA AQUÉM DO MÍNIMO E ALÉM DO MÁXIMO.....	86
5.2 FORMA DE MENSURAR AS CIRCUNSTÂNCIAS LEGAIS.....	89
5.3 CONCURSO DE CIRCUNSTÂNCIAS LEGAIS.....	91
5.4 AGRAVANTES E A COMPETÊNCIA DO JÚRI.....	93
6 REVISÃO CRIMINAL.....	95
6.1 UMA BREVE NOTÍCIA SOBRE A AÇÃO REVISIONAL.....	95
6.2 CONDIÇÕES DA AÇÃO.....	97
6.3 HIPÓTESES DE CABIMENTO.....	99
6.4 COMPETÊNCIA.....	102
6.5 SENTENÇA.....	102
6.6 RECURSOS.....	103
CONCLUSÃO	104
REFERÊNCIA	107

RESUMO

O Direito Penal Brasileiro recebendo todo tipo de influência histórica e doutrinária acerca da penalização tenta formular um conceito, encontrar fundamentos, reais finalidades e limites para a pena, como justificativa legítima do poder estatal na privação de direitos de seus cidadãos. Com esta perspectiva, a reforma do Código Penal Brasileiro acrescentou na aplicação da pena a intenção de atribuí-la na justa medida ao delito, ou nas próprias palavras da lei, “conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime”. Adota, então, o sistema trifásico, no qual é estabelecida a pena-base como ponto de partida para o cálculo definitivo da reprimenda, através da análise das circunstâncias judiciais do crime, enumeradas no artigo 59 do Código Penal. São elas: a culpabilidade, os antecedentes e a conduta social; a personalidade do agente; os motivos; as circunstâncias, as consequências do crime e, por fim, o comportamento da vítima. Essa metodologia obedece à intenção do legislador na individualização da pena, ou seja, a sanção destinada diretamente a pessoa do infrator, segundo suas características próprias e singulares, em contrapartida admite um direito de autor – a penalização pelo que é e não pelo que fez (direito do ato), bastante criticado por estabelecer o etiquetamento ou seleção prévia dos delinquentes. São critérios utilizados pelo juiz quando, discricionariamente, escolhe entre o limite mínimo e máximo da pena prevista cominada ao delito, assim como sugere o regime inicial de cumprimento, a possibilidade de substituição da pena e outras situações processuais. Sendo ato discricionário, exige-se fundamentação esclarecedora e completa como garantia constitucional do acusado. Neste sentido, constata-se a ocorrência de impropriedades conceituais quanto à aplicação das circunstâncias judiciais e legais pelos operadores de direito, a ensejar maior reflexão e estudo sobre o tema. Serão expostos processos que carecem de elementos informativos sobre o apenado, seja por negligência do defensor, quanto pelo promotor que preocupados com mérito do caso, esquecem-se de colecionar dados a auxiliar o julgador no arbitramento da pena-base mais adequada. Vislumbra-se ainda, apresentar a ação de revisão criminal como forma de rever e até impugnar sentenças transitadas em julgado, a qualquer tempo, que causaram prejuízos ao réu.

INTRODUÇÃO

Toda pena que não derive da absoluta necessidade, é tirânica.¹ Esta afirmação outorgada a MONTESQUIEU e reproduzida por Cesare BECCARIA em sua obra-prima, *Dos Delitos e das Penas*, alerta o mundo jurídico e a sociedade em geral para uma das maiores aflições do Direito Penal: a medida da justa punição.

Claus ROXIN, insatisfeito com as respostas acabadas e transmitidas através dos tempos sobre a legitimação e limites do poder estatal em privar de liberdade alguns dos seus membros, resolveu avivar a polêmica.

Desse reexame das teorias da pena: Retributiva, da Prevenção Geral, da Prevenção Especial e Sistema Pluralista, apresentadas por Claus ROXIN² em seu livro, *Problemas Fundamentais de Direito Penal*, serão extraídos os fundamentos da penalização e sua influência na legislação brasileira, evidentemente identificada com a reforma do Código Penal Brasileiro de 1984.

Foi incorporada aos critérios de fixação da repreensão punitiva, a exigência do estabelecimento da pena acordante ao necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime³, em consonância ao espírito do legislador demonstrado na exposição de motivos, no que tange à matéria⁴.

São enumeradas no art. 59 do *Código Penal*, as circunstâncias judiciais do crime: culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos, circunstâncias, consequências e o comportamento da vítima, que serão analisadas minuciosamente. Pretende-se colocar em debate a conceituação dos

¹ MONTESQUIEU apud BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 28.

² ROXIN, Claus. *Problemas Fundamentais de Direito Penal*. Lisboa: Vega, 1970.

³ "Art. 59. O Juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: I – as penas aplicáveis dentre as cominadas; II – a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; III – o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; IV – a substituição da pena privativa de liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível." (Código Penal Brasileiro).

⁴ "Das penas – 26. Uma política criminal orientada no sentido de proteger a sociedade terá de restringir a pena privativa de liberdade aos casos de reconhecida necessidade, como meio eficaz de impedir a ação criminógena cada vez maior do cárcere. Esta filosofia importa obviamente na busca de sanções outras para delinquentes sem periculosidade ou crimes menos graves. Não se trata de combater ou condenar a pena privativa da liberdade como resposta penal básica ao delito. Tal como no Brasil, a pena de prisão se encontra no âmago dos sistemas penais de todo o mundo. O que por ora se discute é a sua limitação aos casos de reconhecida necessidade". (Exposição de Motivos do Código Penal Brasileiro).

parâmetros legais e demonstrar como vêm sendo aplicados pelos operadores do Direito Penal.

As circunstâncias judiciais do crime não o constituem e nem o qualificam mas sim, consubstanciam a margem da discricionariedade do Magistrado, ou seja, dentro de uma moldura preestabelecida em lei, onde ele pode exercer livremente juízo subjetivo e próprio, a atender coerentemente ao caso concreto e à finalidade legal.⁵

Guilherme de Souza NUCCI lembra, tratar-se de ato discricionário e, ao mesmo tempo, vinculado, pois comprometido à proporcionalidade da sanção ao ilícito cometido, assim como, correspondente aos patamares autorizados pela norma.⁶ Não se presume, então, discricionariedade desvinculada da lei.

Dentro do quadro emoldurado pelo legislador, estreitando a liberdade do julgador em quantidades mínimas e máximas, a serem arbitradas para a pena-base, é importante admitir a improvável neutralidade do Juiz. É patente que ele carrega uma carga valorativa adquirida durante sua vida e, indubitavelmente, tem influência em seus posicionamentos.⁷ Justamente esse seu caráter estritamente subjetivo e de possível flexibilidade conceitual, faz eclodir as divergências doutrinárias, tanto no campo da definição, quanto no modo de aplicação das circunstâncias judiciais do crime.

Este trabalho tem por objetivo aprofundar o debate em torno de cada uma dessas ocorrências e mostrar que, na prática, está havendo uma distorção entre o conceito doutrinário e sua aplicação pelos operadores do Direito, trazendo incalculável malefício ao réu.

Como por exemplo, sentença condenatória em que a culpabilidade, que já foi atestada no exaurimento do crime como conduta humana, típica, antijurídica e culpável, volta a ser invocada no mesmo sentido na dosimetria da pena, agora como circunstância judicial, um flagrante erro, repetido surpreendentemente por advogados, promotores e juízes, no dia a dia.

Embora o vocábulo seja o mesmo, culpabilidade possuiu emprego absolutamente diverso dentro do mesmo processo, porém em momentos distintos.

⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 821.

⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da Pena**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 160-161.

⁷ Ibid., p. 161.

Um como já mencionado, por ocasião da condenação do réu, agrega a qualificação de crime, à conduta. E outro no cômputo dosimétrico da respectiva punição, auxilia o Juiz, na medida da sanção-base a ser cominada.

É proposta também, a discussão dos demais quesitos, um a um, como os antecedentes criminais do acusado – outra circunstância judicial apontada no artigo 59 do Código Penal Brasileiro – que vem sendo utilizada com o intento de majorar a pena-base, infringindo o princípio constitucional da presunção de inocência, entre outros temas.

Evitando-se a arbitrariedade do julgador na dosagem da pena, impõe-se a exigência da motivação da sentença, na qual podem ser determinadas as razões subjetivas e objetivas que embasaram a decisão. Fiel a essa linha de raciocínio, a Exposição de Motivos do Código de Processo Penal, diz que:

A sentença deve ser motivada. Com o sistema do relativo arbítrio judicial na aplicação da pena, consagrado pelo novo Código Penal, e do livre convencimento do Juiz, adotado pelo presente projeto, é a motivação da sentença que oferece garantia contra os excessos, os erros de apreciação, as falhas de raciocínio ou da lógica ou os demais vícios de julgamento. No caso de absolvição, a parte dispositiva da sentença deve conter, de modo preciso, a razão específica pela qual é o réu absolvido.⁸

Tão importante a garantia da motivação da sentença que a Constituição Federal enfatiza no art. 93, inciso IX que: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade...”⁹ Destarte, a não observação desse preceito constitucional gera a nulidade da sentença.

Questiona-se ainda, o descaso de alguns defensores em instruir o processo, muito preocupados na negativa da imputação feita na denúncia com menção ao patrocinado, negligenciam na coletânea de elementos sobre sua conduta social e personalidade que visem o termo mínimo legal.

Ou, da mesma sorte, os promotores, que devem fornecer conjunto probatório sobre a pessoa do acusado e detalhes acessórios a respeito do delito, que possam sustentar a injunção de pena-base superior.

⁸ JESUS, Damásio Evangelista de. **Código de Processo Penal Anotado**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 870.

⁹ Artigo reformulado pela Emenda Constitucional nº 45 de 2004, mas que não excluiu a obrigatoriedade de fundamentação de todas as decisões judiciais, sob pena de nulidade.

Nesse sentido, acredita-se que as mudanças no inquérito policial, trazidas com a edição da Lei nº 10792 de 2003, resultarão em processos mais ricos em informações em torno do fato delituoso e seu agente, como se tem por propósito avaliar.

O sentenciado, indignado com a resposta jurisdicional, seja alusiva à medida da punição ou concernente a não correspondência entre argumentação e plexo probatório, tem duas alternativas: via recursal – apelando ao Tribunal, além do recurso especial dirigido ao Superior Tribunal de Justiça, quando violada norma infraconstitucional, e o recurso extraordinário encaminhado ao Supremo Tribunal Federal, em matéria constitucional. Ou, em caso de haver cessado a possibilidade de recorribilidade, ou seja, a sentença tenha transitado em julgado, poderá ingressar com uma ação impugnativa autônoma – Revisão Criminal – que prevê a reapreciação do julgado, instaurando nova relação processual. Ada Pellegrini GRINOVER lembra que a Revisão Criminal é ação de natureza jurídica constitucional, por figurar direito fundamental do condenado.”¹⁰

Mediante exposição de sentenças condenatórias, serão relacionados alguns equívocos cometidos durante a identificação e valoração das circunstâncias judiciais e as respectivas sugestões de melhor amoldamento às vicissitudes do autor e da infração. Os resultados revelam substancial qualificação do *arbitrium judicis*.

¹⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **Recursos no Processo Penal: Teoria Geral dos Recursos, Recursos em Espécie, Ações de Impugnação, Reclamação aos Tribunais**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 306.

1 TEORIAS DA PENA

Os fundamentos da pena e sua real finalidade têm sido muito estudados e debatidos. Apontaram várias teorias¹¹ objetivando responder qual o seu sentido e legitimação. Ainda a extensão do poder do Estado em privar o cidadão de sua liberdade.

Sua origem coincide com a presença do alter (do outro), estimulando a adoção de regras delimitadoras de espaços – dicotomia entre o permitido e o proibido – a garantir uma convivência estável e segura. A não obediência às restrições impostas suscitava a instabilidade e insegurança do convívio do clã, tendo o castigo como resposta à ofensa cometida. Muitas vezes, a reprimenda significava a expulsão do infrator do grupo entregue, assim, à própria sorte.

Nasce, dessa forma, o inaugural fundamento para a pena, fruto da libertação do clã da ira dos deuses, em face da prática do delito. Acreditavam que não havendo pronto corretivo e restabelecimento da harmonia, os deuses castigariam todo o grupo.

A vingança privada, segunda tentativa de explicar a sanção, firmava-se na reação natural da comunidade contra o malfeitor, desencadeando sucessivas ações à infração anterior, a ponto de colocar em risco o desaparecimento de grupos inteiros. Convencionou-se, então, a vingança pública, em que se concentrava nas mãos do chefe da tribo o poder de punir.

Durante séculos, foram aplicadas penas cruéis, desproporcionais aos delitos cometidos e, muitas vezes, deferidas a inocentes, principalmente na Idade Média.¹² Era possível, por exemplo, um escravo “pagar” com sua vida, como resposta à conduta criminosa praticada por seu senhor.

A pena de Talião, consagrada no Livro dos Livros (Êxodo) e também no Código de Hammurábi, embora brutal, foi a primeira penalidade a demonstrar equivalência à transgressão praticada (olho por olho, dente por dente), além de restringir-se a pessoa do criminoso. Estas inovações repercutem até hoje, traduzidas

¹¹ Da vingança, da vingança purificada, da aceitação, da convenção, da associação, da correção, da intimidação, do constrangimento psicológico, da defesa e do ressarcimento. (FERREIRA, Gilberto. **Aplicação da Pena**. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 24-25.)

¹² “A morte na roda, na guilhotina, no fogo, era prática rotineira ...” (BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 92.)

nos princípios processuais penais da proporcionalidade e pessoalidade, este último inscrito nas modernas Constituições, inclusive na brasileira¹³.

A restrição da liberdade surgiu como alternativa de penitência quando na segunda metade do século XVIII, a pena de morte não freava mais o aumento da marginalidade e o implemento de penas corporais somente incrementavam a periculosidade criminógena¹⁴. Nas palavras de VON HENTIG, “a pena privativa de liberdade foi o novo e grande invento social, intimidando sempre, corrigindo freqüentemente e que deveria imprimir um retrocesso ao crime, e se não pudesse derrotá-lo, pelo menos deveria manter o fenômeno encerrado entre muros”.¹⁵ Michel FOUCAULT não comunga com esse pensamento, afirmando que a tarefa de prender um homem e mantê-lo vigiado corresponde à tirania. A prisão, para o autor, é inconciliável à pena-efeito, à pena-representação ou à pena-função, só retrata a suspeita, a escuridão e a violência¹⁶.

Foi graças a Cesare BECCARIA (1738-1774), com sua obra *Dos Delitos e das Penas*, publicada em 1764, que se iniciou o Direito Penal moderno, sendo na verdade uma associação do contratualismo de Jean Jacques ROUSSEAU¹⁷ (1712-1778), com o utilitarismo de Jeremy BENTHAM¹⁸ (1748-1832). O contrato social, para o autor, resumia-se na renúncia de parte da liberdade de cada indivíduo, no entanto sem segurança para mantê-la, a favor de uma liberdade restrita e assegurada pelo soberano, tendo como fim maior a segurança de toda a

¹³ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, no artigo 5º, inciso XLV – “nenhuma pena passará da pessoa do condenado, ...”

¹⁴ DOTTI, René Ariel. *Bases Alternativas para o Sistema de Penas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 37.

¹⁵ VON HENTIG, Hans. *La Pena*. Epasa-Calpe, Madri, 1968. v. II, p.186 apud Id.

¹⁶ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: Nascimento da Prisão*. Tradução Raquel Ramallete. 26. ed. Petrópolis: Vozes, 1987. p. 95.

¹⁷ “O Contrato Social é, portanto, um pacto, ou seja, uma deliberação conjunta no sentido da formação da sociedade civil e do Estado. Trata-se de um acordo que constrói um sentido de justiça que lhe é próprio; a justiça está no pacto, na deliberação conjunta, na utilidade que surge do pacto.” (ROUSSEAU, Du contrat social, 1992, Livro II, Capítulo III, p. 57 apud BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de Filosofia do Direito*. São Paulo: Atlas, 2001. p. 230.)

¹⁸ “Em sua obra *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation* (1789; *Introdução aos princípios da moral e da legislação*) expôs a doutrina do utilitarismo, cuja base era o reconhecimento de que o mundo é regido por dois princípios: prazer (bem) e dor (mal). Como esse fato é incontestável, a ordem social e moral deve buscar a utilidade, isto é, aquilo que produz o bem do indivíduo ou, pelo menos, evita uma dor desnecessária. É preciso estabelecer uma ordem de valores, de acordo com a utilidade de cada um e escolher pragmaticamente os que possam produzir o maior bem para o maior número de pessoas. Como o castigo produz dor e não bem-estar, só deve ser empregado para prevenir males piores.” (Disponível: <http://encfil.goldeye.info/bentham.htm>. Acesso em: 25 set. 2005.)

sociedade¹⁹. Preconizava ainda, a utilidade da pena como exemplo para o futuro e não uma vingança pelo passado, afirmando que: a finalidade da pena não pode ser retornar ao *status quo ante* e nem mesmo sacrificar um ser humano para impedir o contraventor de voltar a delinquir e os demais de experimentar tal desatino.²⁰

Contemporaneamente, outros notáveis filósofos participaram desse movimento de idéias, o Iluminismo, destacando-se MONTESQUIEU, VOLTAIRE, ROUSSEAU, HOWARD e BENTHAM, seguidos por MONTESINOS, LARDIZÁBAL e Concepción ARENAL.

Solidificava a convicção de que a prevenção dos ilícitos advém não da intensidade das penas, mas da certeza da punição. E uma significativa evolução de justificativas e funcionalidades para a pena com a análise das mais abalizadas e influentes explicações teóricas já apresentadas, de modo análogo, pela doutrina desde 1830.

Eugênio Raul ZAFFARONI constata que no instante em que o Estado confisca o conflito da vítima, traz para a si, não só o monopólio da repressão, mas o dever de tutelar, proteger e conservar um ente que não tem qualquer correspondência com os direitos da vítima, mas que descende da sociedade organizada e como tal deve ser mantida.²¹

Em contrapartida, adverte Salo de CARVALHO, que a legitimidade do uso da violência, da imposição de sanções pelo poder público, é atrelada aos princípios reitores dos sistemas penais e processuais, não obstante à concepção garantista, estruturada na centralidade da pessoa humana.²²

1.1 TEORIA RETRIBUTIVA

Também chamada de teoria absoluta por ter sido elaborada durante o Absolutismo da Idade Média, período em que soberano e Deus identificavam-se na

¹⁹ “Trata-se de um verdadeiro escambo: liberdade x utilidade comum. O homem poderia optar por continuar em sua situação inicial, ou seja, em seu estado de natureza, ou, então, por meio de uma convenção, fundar uma associação tendente à realização de seu estado social. Em poucas palavras, a partir da união de muitos em torno de um objetivo comum, o que há é a formação de um corpo maior e diverso dos corpos individuais dos membros que o compõem.” (BOSCHI, José Antonio Paganella. Op. cit., p. 118.)

²⁰ BECCARIA, Cesare. Op. cit., p. 52.

²¹ ZAFFARONI, Eugênio Raul; BATISTA Nilo; ALAGIA Alejandro; SLOKAR Alejandro. **Direito Penal Brasileiro – I**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 115.

²² CARVALHO, Salo. **Penas e Garantias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003. p. 118-119.

mesma entidade de poder, ao mesmo tempo em que conceitos de Direito e Moral, Estado e Religião, se confundiam²³. Tempo das legislações repletas de rituais – processos, preceitos e proibições de ordem religiosa²⁴. Nesse contexto, o delito era um pecado – crime a ser castigado através da pena – expiação, em nome da afronta a Deus.

Com a ascensão da burguesia e a adoção do contrato social, o soberano passa a ser a ordem jurídica adotada pelos homens e consagrada pelas leis. A pena é motivada pela ofensa às leis dos homens, não mais às leis divinas.

Não há preocupação em buscar finalidade alguma na reprimenda, mas simplesmente em retribuir o sofrimento causado pela conduta criminosa, em nome da justiça, àquele que agiu com culpa. Para Claus ROXIN “a pena não serve, pois, para nada, contendo um fim em si mesma”.²⁵ Expressaria a afirmação da justiça.

Trata-se da justiça voltada ao passado e ao ato cometido. Assim como na Lei de Talião, a sanção é pautada no princípio da proporcionalidade, limitando-se na culpabilidade do autor por sua conduta – ao mal do injusto, o mal da pena (*punitur cuia peccatum est*).

Tal concepção é defendida tanto por Emmanuel KANT (1724-1804), como por George Wilhelm Friedrich HEGEL (1770-1831), todavia mediante argumentações distintas. Enquanto para KANT o motivo da pena era ético, para HEGEL era jurídico.

KANT, contrário ao utilitarismo, acreditava ser dever do rei castigar o transgressor da lei, que para ele, significava um imperativo categórico, dentro da metafísica²⁶ do dever-ser. O homem tem livre-arbítrio para escolher viver de acordo com o mandamento objetivo da razão (imperativo de consciência), respondendo por suas atitudes alheias aos valores determinantes para todo ser racional.

Era, para o autor, puramente uma questão de Justiça porque “quando a justiça é desconhecida, os homens não têm razão de ser sobre a Terra.”²⁷ Não há outro motivo para castigar senão a desobediência à ética. Qualquer outro

²³ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. 4v.

²⁴ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Você Conhece Sociologia Jurídica?** Rio de Janeiro: Rio, 2000. p. 37.

²⁵ ROXIN, Claus. Op. cit., p. 16.

²⁶ “Origem das coisas, unidade divina, relação criador/criatura, preexistência do mundo, subsistência do ser, alma, destino, governo do universo, causa das causas, sentido da vida...são estas as principais preocupações da filosofia metafísica.” (BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. Op. cit., p. 30.)

²⁷ KANT apud BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado...**, p. 71.

fundamento utilitarista colocaria o delinqüente na posição de objeto ou meio de instrumentalizar aos desígnios de outro.

Seu exemplo da ilha é clássico, citado por vários penalistas em seus livros de direito penal internacionais e nacionais, como são os casos de Claus ROXIN, Gilberto FERREIRA, Salo de CARVALHO e Cezar Roberto BITTENCOURT, consiste em determinar a obrigatoriedade de se retribuir uma malfeitoria cometida por um dos habitantes da ilha, mesmo que todos a deixem e espalhem-se pelo mundo, não restando nenhum indivíduo vivente nela, como jeito de extirpar o mau com o sofrimento que causou e para que a culpa desse não recaia sobre àqueles que não o impuseram castigo.

A tese de HEGEL resume-se por sua célebre frase: “a pena é a negação da negação do Direito”²⁸, ou seja, o crime é a negação do direito e a pena é a negação do crime, logo a pena é a afirmação do direito. Para ele, a aplicação da pena ao delinqüente se impõe, na medida em que causou a quebra da ordem jurídica, manifestação máxima da vontade geral.

Claus ROXIN considera que a teoria da retribuição não explica quando se tem de punir, já que encontramos no cotidiano inúmeras condutas culpáveis, porém não puníveis com pena. O legislador, dentro da criminalização primária, como chama Eugênio Raul ZAFFARONI²⁹, detém o poder de definir quais são as condutas ilícitas e suas respectivas sanções, obedecendo, em tese, ao clamor social, cultural ou histórico.

Fica a dúvida sob quais pressupostos a culpa do homem autoriza o Estado a castigar alguém e qual o limite, quanto ao conteúdo, desse castigo. É entregue, pois à criminalização primária ou política, o total domínio quanto à seleção e tipificação dos delitos que se alteram com o soprar das emoções populares e enaltecidas nos meios de comunicação.

Assistimos a esse fenômeno, na década de 90, quando o homicídio de uma famosa atriz de televisão mobilizou a opinião pública inserindo o homicídio qualificado no rol dos crimes hediondos, disciplinados pela Lei 8072 que outorgou

²⁸ HEGEL apud Ibid., p. 72.

²⁹ “Criminalização primária é o ato e o efeito de sancionar uma lei penal material que incrimina ou permite a punição de certas pessoas” (ZAFFARONI, Eugênio Raul; BATISTA Nilo; ALAGIA Alejandro; SLOKAR Alejandro. Op. cit., p. 43.)

maior rigor³⁰ aos fatos compreendidos naquele tempo. São, dessa maneira, criados os inimigos extemporâneos da sociedade, sem qualquer exame prévio da pertinência de determinada tipificação ou adequada sanção. Nesta esteira, já foram banidos os anarquistas, hippies, comunistas, homossexuais, bicheiros e terroristas, entre outros.

Em regimes totalitários essa concepção retribucionista concebe um perigo ainda maior, podendo o legislador criminalizar condutas nocivas aos seus interesses, independentemente de discussão popular e desprovido de conteúdo ético que relaciona os fundamentos e limites do direito de punir³¹.

A crítica sintetiza que a pena, para a teoria absoluta, se exaure em si mesma, significando vingança de sangue voltada ao passado. Não serve para nada no futuro. Não apresenta fórmula para mensurar a pena, assim como não garante que se está retribuindo equitativamente. Oferece apenas uma profissão de fé de que o mal da pena suplantará o mal do crime³².

Nem como retribuição ao delito cometido, pode-se eleger a pena como solução fática, já que muitos protagonistas não são penalizados, restando apenas alguns poucos inexperientes selecionados pelo poder punitivo estatal³³.

Para Luigi FERRAJOLI, os retributivistas nutrem a preocupação garantista de que um distinto fundamento da pena, relativo ao delito futuro em detrimento de um injusto passado coloque em risco o princípio capital *nulla poena sine crimine* – somente pode ser punido aquele que cometeu um crime³⁴.

Quanto à noção exata de culpa, pouco se sabe. Não há qualquer prova de que o ser humano, efetivamente, possa escolher um meio de agir dentro do imperativo de consciência (exercer o livre arbítrio), idealizado por KANT. Claus ROXIN é descrente do livre arbítrio puro. Acredita ser a pessoa livre dentro de um

³⁰ "Art. 2º. Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de: I - anistia, graça e indulto; II - fiança e liberdade provisória. § 1º. A pena por crime previsto neste artigo será cumprida integralmente em regime fechado. § 2º. Em caso de sentença condenatória, o Juiz decidirá fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade. § 3º. A prisão temporária, sobre a qual dispõe a Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, nos crimes previstos neste artigo, terá o prazo de trinta dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade." (Lei 8072 de 1990.)

³¹ BOSCHI, José Antônio Paganella. Op. cit., p. 107.

³² ROXIN, Claus. Op. cit., p. 19.

³³ ZAFFARONI, Eugênio Raul; BATISTA Nilo; ALAGIA Alejandro; SLOKAR Alejandro. Op. cit., p. 142.

³⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 207.

contexto específico, onde fatores externos não interferem em sua escolha. Até que ponto o delinqüente pode agir de outro modo? Questiona-se.

A pena estatal não pode fundamentar-se exclusivamente na compensação da culpa. Deve, segundo José Antônio Paganella BOSCHI, agregar uma função utilitarista³⁵ (pena útil), satisfazer o ofendido e a sociedade conquistando sua confiança no direito e nas instituições de controle social³⁶.

São defensores da teoria retributivista da pena os seguintes autores: CARRARA com concepção semelhante à de HEGEL, KARL BINDING, CAMPANELLA, SELDEN, LEIBNIZ, GENOVESI, MEZGER e WELZEL. Posteriormente, ainda mais contundentemente, por uma grande série de filósofos e juristas. E mais recentemente, a orientação anticorrecional, desenvolvida nos Estados Unidos através da *Justice Model*, embasada no ideal da pena merecida³⁷.

1.2 TEORIA DA PREVENÇÃO GERAL

Idealizada por Anselm FEUERBACH (século XIX), a teoria da prevenção geral tem como destinatários os não delinqüentes e tenciona com a pena, mantê-los obedientes à lei. Trata-se da substituição da coerção física do terrorismo penal judiciário, pela coerção psicológica do terrorismo penal legislativo. A pena tem como utilidade o exemplo para os demais.

Alegam que o conhecimento prévio da imputação da pena e o pavor de seu cumprimento fazem com que o homem, através de sua racionalidade, avalie as vantagens e desvantagens da prática delituosa e finalmente decida pelo não cometimento da infração³⁸.

Essa teoria baseou-se no conceito de capacidade racional humana livre, que, bem como o livre arbítrio preconizado por KANT, foi duramente censurada por importar dúvida quanto sua existência. Há somente suposições a respeito da racionalidade do indivíduo. O medo como instrumento de intimidação, um dos

³⁵ “Essa idéia que traduz a afirmação de que o direito penal e as sanções nele previstas atuam como mecanismo de tutela individual, ou seja, do indivíduo – que é a parte mais fraca – contra a relação descontrolada dos outros firmatários do Contrato Social. A pena, então, expressa-se como limite ao poder Estatal em termos de castigo e, simultaneamente, de proteção ao condenado, constituindo, nessa medida, o menos grave de todos os males sociais.” (BOSCHI, José Antônio Paganella. Op. cit., p. 108.)

³⁶ Id.

³⁷ FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p. 206.

³⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado...*, p. 77.

alicerces da prevenção geral, até pode demover de determinada conduta, o homem médio e submetido a condições normais. Porém mostra-se inócuo nos casos de crimes habituais e passionais, ou estando o infrator sob qualquer forma de coação³⁹.

Outro fator considerável que suplanta o receio da pena é a crença do marginal em não ser descoberto, colocando em xeque o poder intimidatório esperado pela teoria preventiva. Segundo Claus ROXIN, "Cada crime constitui, aliás, pela sua mera existência, uma prova contra a eficácia da prevenção geral."⁴⁰

Conserva mais um problema da teoria retributiva: a liberdade exacerbada do poder político na seleção de condutas criminalmente puníveis, infligindo a toda sociedade mais e mais tipos penais e imputando sanções cada vez mais rígidas, proporcionalmente ao aumento da criminalidade. Com a agravante de converter o homem um instrumento a serviço do Estado, castigando-o não em consideração a sua pessoa ou seus atos, mas em resposta aos delitos de outrem.

Um exemplo disso é a atual Lei do Desarmamento, a ser referendada no final deste ano, que institui novos tipos penais dirigidos aos cidadãos de bem, que nenhum delito cometeram, mas que, segundo a prevenção geral, poderiam cometê-los. Assim como em alguns bairros mais perigosos, já se discute a implantação do fechamento de bares em horários predeterminados ou a proibição da venda de bebidas alcoólicas etc. São iniciativas que procuram reverter os níveis estratosféricos dos crimes e a carência de medidas estatais mais eficazes, lançando mão de paliativos legais a restringir ainda mais os indivíduos comuns, gerando grande polêmica.

Essa proposta peca, sobretudo, pela falta de legitimação estatal em punir o incerto ou meramente provável, pois a penalidade apenas se justifica pelo cometimento de uma atitude nociva a um bem jurídico e não a iminência de ocorrer. Assume o Estado, com tal postura, papel altamente intervencionista e abusivo a prescrever comportamentos aos particulares, limitando sua liberdade em detrimento da delinquência mais insistente.

A teoria da prevenção geral se subdividiu em outras duas posições doutrinárias utilitaristas: a primeira, da prevenção geral positiva ou da integração com a função de reforçar a fidelidade dos indivíduos à ordem constituída. E, a

³⁹ ROXIN, Claus. Op. cit., p. 24

⁴⁰ Id.

segunda, da prevenção geral negativa ou da intimidação, visando a dissuasão dos cidadãos por meio do exemplo ou do prenúncio assustador que a mesma retrata⁴¹.

1.3 TEORIA DA PREVENÇÃO ESPECIAL

Já teoria da prevenção especial, contrária aos ideais contratualistas e jusnaturalistas da época do Iluminismo, então com uma nova roupagem atribuída ao penalista Franz V. LISZT, é impulsionada pelo movimento da defesa social. Sugere um direito penal preventivo de segurança, não mais preocupado em retribuir um fato do passado, mas voltado a evitar novos delitos no futuro praticados pelo mesmo autor.

Instaura-se (1889), com LISZT, a base teórica e programática da União Internacional de Direito Penal, que desenvolveu o princípio da pena individualizada e diferenciada consoante a personalidade do réu. Num primeiro ato a privação da liberdade tem a finalidade de corrigir o réu, acreditando na possibilidade da sua ressocialização. Não sendo possível, visa intimidá-lo, caso dos criminosos ocasionais. E finalmente, neutralizar aqueles considerados irrecuperáveis⁴².

Distintamente da teoria da prevenção geral, esta é dirigida contra o marginal ou inadaptado à sociedade com o intuito de tratá-lo e assim evitar a reincidência. O crime além de ser a quebra da ordem jurídica (teoria da retribuição) é um dano social e o delinqüente, um ser associal, que põe em risco a nova ordem⁴³.

Essa teoria surge na época em que o direito perde o status de ciência, pois não pode ser explicado pelas leis da natureza, numa investigação empírica, como observação e descrição dos fenômenos criminógenos, entre causa e efeito.

As causas do efeito-crime são preestabelecidas, negando o livre arbítrio e priorizando o determinismo. São defensores dessas teses: Cesare LOMBROSO, que associa origens biogenéticas, enquanto Enrico FERRI destaca aspectos sociológicos a escusar o delito, ou melhor, patologia, sendo o delinqüente um ser antropologicamente inferior, um degenerado e conseqüentemente um perigo⁴⁴. Há, nesse período, a seleção de algumas pessoas, seja por qualidades físicas ou psíquicas dentro da sociedade, etiquetadas como tendentes às ações criminosas.

⁴¹ FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p. 213.

⁴² ROXIN, Claus. Op. cit., p. 20.

⁴³ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado...*, p. 81.

⁴⁴ FERRAJOLI, Luigi., Op. cit., p. 215.

Seguindo este raciocínio e certificados por dados estatísticos, é desenhado o grupo de risco que deve ser paralisado desde logo.

As elites, com o intuito de livrar-se daqueles indivíduos não desejáveis ao convívio social os trancafiavam em manicômios sob discurso terapêutico, numa verdadeira limpeza urbana. No Brasil, o cenário não foi diferente, o crescimento desordenado da cidade de São Paulo gerou um exército de excluídos. Loucos, ex-escravos, prostitutas, jogadores, bêbados e anarquistas. Eram tempos de movimentos grevistas (greve geral de 1917) e revoluções sociopolíticas.⁴⁵

A idéia de pena é substituída por tratamento. Os infratores não são culpados por atos que não têm consciência, sendo considerados então, inimputáveis. As medidas de segurança até hoje utilizadas pelo nosso ordenamento jurídico vêm dessa época⁴⁶ e constituem a segregação do doente enquanto perdurar a enfermidade, ou melhor, a necessidade corretiva só termina com a cura ou arrependimento do réu.

Gera insegurança jurídica tanto pelo diagnóstico e carência da efetividade na solução da periculosidade doentia, quanto na ilimitada duração do tratamento, ocorrendo verdadeiro esquecimento dos pacientes nos manicômios judiciais⁴⁷.

Ainda que realizada a finalidade da correição coativa externa da pena, viola-se o direito fundamental da liberdade do homem de ser e de manter-se como é. Igualmente não explica a necessidade de punição das condutas já praticadas, sem qualquer chance de repetição, como contra os assassinos dos campos de concentração, já que estão ressocializados, não obstante terem cometido crimes cruéis.

Assim como a teoria de prevenção geral, esta também é classificada em dois distintos pensamentos doutrinários: o positivo e o negativo. O primeiro chamado de prevenção especial da correção afere à pena a função corretiva do réu, enquanto a segunda, prevenção especial da incapacitação, o extermínio, ou pelo menos a neutralização do acusado⁴⁸.

⁴⁵ TAVOLARO, Douglas. *A Casa do Delírio: Reportagem no Manicômio Judiciário de Franco da Rocha*. 2. ed. São Paulo: SENAC, 2002. p. 25.

⁴⁶ "Em 1933, foi fundado o Manicômio Judiciário de Franco da Rocha e no primeiro dia de janeiro de 1934, recebeu seus hóspedes inaugurais. Eram 150 doentes mentais criminosos, todos homens, que estavam até então confinados numa sala isolada do Juqueri. Durante décadas, os nomes desses pacientes ficaram perdidos nos arquivos empoeirados do manicômio." (Ibid., p. 30.)

⁴⁷ "A criação de um local exclusivo para abrigar os doentes mentais delinquentes aproximava a burguesia paulista dos europeus." (Ibid., p. 26.)

⁴⁸ FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p. 212-213.

1.4 SISTEMA PLURALISTA

O sistema pluralista ou as teorias unificadoras são aquelas que combinam as três teorias monistas da pena, seja de feição aditiva ou dialética. A teoria unificadora aditiva, como o próprio nome denuncia, soma as propostas de cada uma delas e as disponibiliza ao direito penal, como forma de atender facultativamente às diferentes situações concretas. Adotando-a, corre-se o risco de ampliar sobremaneira o âmbito de penalização⁴⁹ e trazer, no bojo das conceituações, seus defeitos e ilegitimidade no direito de punir.

Um exemplo dessa integração é o sistema duplo binário ou de via dupla, ou seja, o arbitramento de penas e medidas preventivas conjuntamente ao mesmo réu, presente no Código italiano de 1930 e recepcionado pelo Código Penal brasileiro de 1940, na sua versão primitiva. Para Eugênio Raul ZAFFARONI, trata-se de um método “esquizofrênico do direito penal”⁵⁰, já que concilia conceitos incompatíveis, a considerar, concomitantemente, ao mesmo homem ou coisa, o castigo (teoria retributiva) e o tratamento (teoria relativa).

A teoria unificadora dialética, por outro lado, despreza os exageros unilaterais singulares e direciona os fins da pena, apontados separadamente por cada teoria, a uma concepção construtiva.

E antes mesmo de introduzi-la, algumas considerações prévias com referência ao direito penal, devem ser apontadas:

- a) Cabe-lhe exercer três atividades estatais em face do indivíduo, a ameaça, imposição e execução das penas;
- b) Todas devem ser justificadas separadamente e neste ponto as teorias monistas têm uma visão unilateral, como por exemplo, a retributiva quanto à sentença, a preventiva especial quanto à execução e a prevenção geral no sentido das cominações penais;
- c) Deve ser interpretado de acordo ao princípio da fragmentariedade – utilizado em casos mais graves;
- d) Nunca ignorando o princípio da intervenção mínima, que reforça sua atuação como *ultima ratio*, e;

⁴⁹ ROXIN, Claus. Op. cit., p. 26.

⁵⁰ ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 121-122.

e) Estar submetido ao Estado de Direito por intermédio do princípio da legalidade ou da reserva legal.

O Estado, através do poder legislativo, com alusão às cominações penais deve limitar-se à garantia da segurança dos seus membros, concretizando as necessidades básicas para uma vida digna, os bens jurídicos. Logo, o direito penal tem dupla função, segundo Claus ROXIN, proteção dos bens jurídicos previamente determinados e assegurar o cumprimento das prestações públicas indispensáveis ao livre desenvolvimento do cidadão⁵¹.

Portanto, o direito penal deve restringir sua atuação aos bens jurídicos não protegidos pela intervenção de outros ramos do direito, seja civil ou público, bem como deve concentrar-se em ofensas graves à ordem pública não atendidas por regulamentos de ordenação. E quanto às prestações assistenciais, somente em situações não abarcadas por medidas menos gravosas.

A prevenção geral se justifica quando atrelada aos ditames principiológicos da subsidiariedade, fragmentalidade e legalidade, pois precedem temporalmente o sujeito ao qual se poderiam impor reações retributivas ou de prevenção especial⁵².

Tratadas as cominações penais, é chegada a hora da destinação da carga sancionatória àqueles que praticaram as condutas proibidas, não com feição estritamente retributiva por sua atuação, mas com a utilidade maior da preservação do ordenamento jurídico, mas não nos moldes defendidos por HEGEL e sim como concretização da ameaça legal, sem a qual, tal ameaça seria ineficaz, seguindo os ensinamentos de FEUERBACH.⁵³

Sendo fiel ao critério basilar da prevenção geral e voltando ao exemplo hipotético da ilha de KANT, a aplicação da pena não se justificaria, pois sendo sua população exterminada, a ninguém se destinaria uma intimidação efetiva com o cumprimento da ameaça feita. Todavia, diferente é a realidade, na qual se pleiteia conviver em harmonia, havendo então, que se salvaguardar a ordem imposta.

Na mesma direção, os delitos impossíveis de repetição ou os ocasionais demandam castigo para que, desse modo, evitem precedentes a serem invocados como forma de defesa de outros infratores. Inclui-se, ainda, à aplicação da pena um

⁵¹ ROXIN, Claus. Op. cit., p. 28.

⁵² Ibid., p. 31.

⁵³ FEUERBACH apud Ibid., p. 32.

elemento de prevenção especial, quando alerta o próprio delinqüente para o risco da reincidência.

Verifica-se nestas justificativas a inoportunidade original das teorias relativas, de tornar a pessoa um meio de coerção psicológica aos demais membros da sociedade. Mas dissocia-se imediatamente dessa idéia, no instante que se resgata o conceito de cidadania – “vínculo político que gera para o nacional deveres e direitos políticos, uma vez que o liga ao Estado”⁵⁴. Ora, sendo o cidadão titular do poder estatal e como tal tendo seus direitos garantidos pelo ordenamento jurídico que o regula, mantendo sua autonomia e personalidade, compromete-se, em contrapartida, a fazer tudo que não esteja proibido por este mesmo ordenamento e o fazendo, responsabiliza-se pela repressão, com o intento de preservar o direito. Por esta lógica, a pena é um dever do cidadão, assim como o é votar, pagar impostos, etc.

Outro problema a ser enfrentado é a medida da pena a ser suportada pelo delinqüente, assumindo a posição de que deve ser proporcional à culpa do agente, como limite do poder punitivo do Estado. Esta idéia embora semelhante à tese defendida pela teoria da retribuição, tem uma sutil, porém crucial diferença, enquanto para aquela a culpa é a causa da sanção, para esta é a quantidade ou, melhor ainda, a necessidade de “conter a irracionalidade do poder”⁵⁵.

O cidadão submetido ao Estado de Direito, senhor de direitos e deveres tem que suportar a pena segundo sua culpa, isto quer dizer, proporcionalmente a sua individualidade, suas características e limitações, sob pena de contradizer o princípio fundamental da dignidade humana.

Finalmente a última etapa da realização do direito penal, a execução da pena somente é admissível sob o pretexto de ressocialização do delinqüente, sem para tanto perder de vista o livre desenvolvimento de sua personalidade. Negando, pois o sentido meramente retributivo da pena, mas sim construtivo. O ideal seria a promoção terapêutico-social⁵⁶ do indivíduo, respeitando sempre suas dificuldades e enaltecendo suas aptidões a fim de reverter os resultados do trabalho realizado, aos familiares e sociedade como um todo.

⁵⁴ DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico**. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 1. p. 575.

⁵⁵ ZAFFARONI, Eugênio Raul; BATISTA Nilo; ALAGIA Alejandro; SLOKAR Alejandro. Op. cit., p. 143.

⁵⁶ ROXIN, Claus. Op. cit., p. 42.

1.5 HERANÇA DAS TEORIAS DA PENA NA NOSSA LEGISLAÇÃO PENAL

A exposição de motivos da nova parte geral do Código Penal Brasileiro, após modificações trazidas pela Lei nº. 7209 de 11 de julho de 1984, além da edição, na mesma ocasião, da Lei de Execuções Penais, nº. 7210, reflete grande influência das teorias da pena, comungando conceitos defendidos por diferentes correntes e criticados por outras, convergindo num sistema pluralista dialético de idéias, bastante semelhante ao direito penal alemão.

Podemos citar como valiosa inovação, o abandono do sistema duplo binário, em que de acordo com explicação anterior, aplica-se cumulativamente pena e medida de segurança ao imputável. Em seu lugar, foi adotado o sistema vicariante em que, dependendo do caso concreto, é recomendado a internação (inimputável) ou tratamento ambulatorial (semi-imputável), ao invés da pena⁵⁷. Trata-se de um direito penal de autor, proporcional a sua culpabilidade, porém com ilimitado poder terapêutico, já que deve perpetuar enquanto não sanada a periculosidade do condenado, um quadro característico da teoria relativa.

As teorias preventivas transparecem também na reincidência, ou repetição da conduta ilícita, como modalidade de intimidação dirigida ao transgressor (prevenção especial), imputando maior rigor na aplicação da pena ao agente recalcitrante e traduzida no código penal como: circunstância agravante da pena⁵⁸; causa de interrupção do prazo prescricional⁵⁹; quando dolosa, impede a suspensão condicional da pena⁶⁰; revoga a reabilitação⁶¹; além de perder alguns benefícios.

Já a prescrição atende tanto à prevenção geral quanto à especial quando sinaliza o desinteresse do Estado em punir, seja pelo esquecimento da sociedade do crime em si, não servindo mais como exemplo aos demais (prevenção geral) ou

⁵⁷ "Art. 97. Se o agente for inimputável, o Juiz determinará sua internação (artigo 26). Se, todavia, o fato previsto como crime for punível com detenção, poderá o Juiz submetê-lo a tratamento ambulatorial. § 1º. A internação, ou tratamento ambulatorial, será por tempo indeterminado, perdurando enquanto não for averiguada, mediante perícia médica, a cessação de periculosidade. O prazo mínimo deverá ser de 1 (um) a 3 (três) anos." (Código Penal Brasileiro.)

⁵⁸ "Art. 61. São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime: I – a reincidência." (Id.)

⁵⁹ "Art. 117. O curso da prescrição interrompe-se: VI – pela reincidência." (Id.)

⁶⁰ "Art. 77. A execução da pena privativa de liberdade, não superior a 2 (dois) anos, poderá ser suspensa, por 2 (dois) a 4 (quatro) anos, desde que: I – o condenado não seja reincidente em crime doloso;" (Id.)

⁶¹ "Art. 95. A reabilitação será revogada, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, se o reabilitado for condenado, como reincidente, por decisão definitiva, a pena que não seja de multa".(Id.)

porque o criminoso está novamente integrado na sociedade (prevenção especial), salvo em caso de reincidência que, como já salientado anteriormente, será interrompido o prazo prescricional.

A teoria retributiva é lembrada com o instituto penal do perdão judicial, previsto nos parágrafos 5º e 8º dos artigos 121 e 129 do Código Penal, respectivamente. Entende-se que devido às conseqüências da infração alcançarem o próprio autor do delito tão gravemente, desaconselha-se a penalização estatal, pois o sofrimento pretendido com a retribuição já o atingiu.

No que tange à culpabilidade, o legislador mostrou-se sensível a sua vital constituição, estendendo sua delimitação por todo o Código Penal, como, por exemplo, prevendo as situações de erro ou a coação irresistível e obediência hierárquica, bem como a distribuição da culpa proporcionalmente às condutas individualizadas e balizadas ao resultado alcançado no concurso de pessoas, correspondente a real participação e consciência potencial da ilicitude⁶².

A pena privativa de liberdade é limitada em 30 anos (teoria retributiva) a fim de alimentar alguma esperança de liberdade ao acusado, do mesmo modo que desestimula da ação criminosa daqueles que já alcançaram este termo, pois podem, atendendo ao bom comportamento, progredirem para condições mais benéficas, ou terem recálculo de tempo quando reincidirem. Outro fator interessante a ser ressaltado diz respeito a reserva desta modalidade de reprimenda aos casos mais graves, destinando alternativas mais brandas àqueles que oferecem menor risco à sociedade, como: penas restritivas de direitos⁶³ (prestação pecuniária⁶⁴; perda de bens e valores⁶⁵; prestação de serviço à comunidade ou a entidades

⁶² "Art. 29. Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade. § 1º. Se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço. § 2º. Se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste; essa pena será aumentada até metade, na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave." (Id.)

⁶³ "Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: I - aplicada pena privativa de liberdade não superior a 4 (quatro) anos e o crime não foi cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo. II - o réu não for reincidente em crime doloso; III - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente." (Id.)

⁶⁴ "Art. 45, § 1º. A prestação pecuniária consiste no pagamento em dinheiro à vítima, a seus dependentes ou a entidade pública ou privada com destinação social, de importância fixada pelo Juiz, não inferior a 1 (um) salário mínimo nem superior a 360 (trezentos e sessenta) salários mínimos. O valor pago será deduzido do montante de eventual condenação em ação de reparação civil, se coincidentes os beneficiários." (Id.)

⁶⁵ "Art. 45, § 3º. A perda de bens e valores pertencentes aos condenados dar-se-á, ressalvada a legislação especial, em favor do Fundo Penitenciário Nacional, e seu valor terá como teto - o que for

públicas⁶⁶; interdição temporária de direitos⁶⁷, e; limitação de fim de semana⁶⁸), além da possibilidade da suspensão condicional do processo⁶⁹ e do sursis⁷⁰ como formatos de gradual despenalização.

A noção utilitarista é preservada quando a quantidade da pena vem conectada às suas finalidades, textualmente colocadas no final do artigo 59 do Código Penal, reprobção (teoria retributiva) e prevenção (teoria relativa) do crime. Nesse contexto, emprestam ao Juiz um leque maior de possibilidades de repressão concorde às vicissitudes do condenado, em atenção constante aos princípios da individualização da pena e da culpabilidade do agente. Corrobora com essa idéia, a Lei de Execuções Penais, trazendo já no seu preliminar artigo, *in verbis*, “proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”⁷¹.

As circunstâncias judiciais do crime, enumeradas do artigo 59 do Código Penal Brasileiro e objeto deste estudo, são os critérios basilares que transcendem o sentido individualizador da legislação penal vigente, a orientar o Magistrado no momento da dosimetria da pena, escolha do regime inicial de cumprimento da sanção (fechado, semi-aberto e aberto), determinar a substituição da pena privativa

maior - o montante do prejuízo causado ou do provento obtido pelo agente ou por terceiro, em consequência da prática do crime.” (Id.)

⁶⁶ “Art. 46. A prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas é aplicável às condenações superiores a 6 (seis) meses de privação da liberdade.” (Id.)

⁶⁷ “Art. 47. As penas de interdição temporária de direitos são: I - proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo; II - proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público; III - suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo; IV - proibição de frequentar determinados lugares.” (Id.)

⁶⁸ “Art. 48. A limitação de fim de semana consiste na obrigação de permanecer, aos sábados e domingos, por 5 (cinco) horas diárias, em casa de albergado ou outro estabelecimento adequado.” (Id.)

⁶⁹ Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena. (Lei 9099 de 1995.)

⁷⁰ “Art. 77. A execução da pena privativa de liberdade, não superior a 2 (dois) anos, poderá ser suspensa, por 2 (dois) a 4 (quatro) anos, desde que: I - o condenado não seja reincidente em crime doloso; II - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do benefício; III - não seja indicada ou cabível a substituição prevista no artigo 44 deste Código. § 1º. A condenação anterior a pena de multa não impede a concessão do benefício. § 2º. A execução da pena privativa de liberdade, não superior a quatro anos, poderá ser suspensa, por quatro a seis anos, desde que o condenado seja maior de setenta anos de idade, ou razões de saúde justifiquem a suspensão. (Código Penal Brasileiro.)

⁷¹ “Art. 1º. A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.” (Lei de Execução Penal.)

de liberdade por outra espécie ou a suspensão condicional da pena, sempre com o propósito da real necessidade de reprovação e prevenção do crime.

Também vinculado ao dogma da personalidade sancionatória é o princípio penal-penitenciário da segregação dos condenados e sua categorização em obediência ao seu perfil⁷². A individualização da pena durante a fase de execução é disposta nos artigos 5º e 6º da Lei de Execução Penal⁷³ e utiliza-se das circunstâncias judiciais. São elas: culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos, circunstâncias e consequências do crime, assim como o comportamento da vítima. Como não poderia ser diferente, traduzem concomitantemente, aspectos do direito de autor (culpabilidade, antecedentes, conduta social e personalidade do agente) e do direito de ato (circunstâncias e consequências do crime e comportamento da vítima), em direta conformidade com as teorias da pena.

⁷² DOTTI, René Ariel. Op. cit., p. 220-221.

⁷³ "Art. 5º Os condenados serão classificados, segundo os seus antecedentes e personalidade, para orientar a individualização da execução penal. Art. 6º A classificação será feita por comissão Técnica de Classificação que elaborará o programa individualizador e acompanhará a execução das penas privativas de liberdade e restritivas de direitos, devendo propor, à autoridade competente, as progressões e regressões dos regimes como as conversões." (Lei de Execução Penal.)

2 DOSIMETRIA DA PENA

A sentença penal, estruturalmente, divide-se em três partes: relatório, fundamentação e dispositivo⁷⁴. O relatório traz uma síntese do andamento processual; a fundamentação dispõe os motivos de fato e de direito que sustentam a decisão judicial e; finalmente o dispositivo desfecha o julgamento, indicando os artigos de lei infringidos pelo réu, referindo-se, inclusive, aos fatores correlatos ao delito, também previstos no texto legal, como por exemplo, a continuidade delitiva, o concurso material ou formal, tentativa etc.

No momento de formação da sentença condenatória, anterior ao processo intelectual de aplicação da pena criminal, desenha-se o seguinte quadro no aparelho psíquico do julgador: i) o tipo de injusto, como ação típica e antijurídica concreta; ii) a culpabilidade existindo somente como qualidade do fato punível, como reprovação do autor pela realização do tipo de injusto, mas ainda não quantificada, isto é, como medida da pena criminal, apenas determinável no processo intelectual trifásico de aplicação da pena, com base nas circunstâncias judiciais, nas circunstâncias legais e nas causas especiais de aumento ou redução da pena.⁷⁵

Instrumentalizado com os dados fornecidos pelo dispositivo passa o Juiz à individualização das penas e do regime para seu cumprimento. Deduz-se que a sentença condenatória deve ser duplamente fundamentada, quanto à autoria e materialidade do crime e quanto à dosimetria da pena.

A pena criminal é definida como consequência jurídica do crime, e representa, pela natureza e intensidade, a medida de reprovação de sujeitos imputáveis, pela realização não justificada de um tipo de crime, em situação de consciência da antijuridicidade (real ou possível) e de exigibilidade de conduta diversa, que definem o conceito de fato punível.⁷⁶

⁷⁴ "At. 381. A sentença conterá: I - os nomes das partes ou, quando não possível, as indicações necessárias para identificá-las; II - a exposição sucinta da acusação e da defesa; III - a indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão; IV - a indicação dos artigos de lei aplicados; V - o dispositivo; VI - a data e a assinatura do Juiz." (Código de Processo Penal).

⁷⁵ SANTOS, Juarez Ciríno. **Direito Penal: Parte Geral**. Curitiba: ICPC; Lúmen Juris, 2006, p. 553.

⁷⁶ SANTOS, Juarez Ciríno. **Direito Penal:...**, p. 510.

2.1 PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

A individualização da pena é preceito constitucional⁷⁷ que garante tratamento personalizado ao condenado a considerar seus atributos pessoais e características do delito, em detrimento da padronização pautada, simplesmente, em fórmulas matemáticas ou tabelas pré-determinadas correspondentes aos crimes. Assim o Código Penal traria, por exemplo, “Art. 121. Matar alguém. Pena: 10 anos” e não um intervalo entre um *quantum* mínimo e outro máximo, como é previsto atualmente: “Art. 121. Matar alguém: Pena - reclusão, de 6 (seis) a 20 (vinte) anos”. O Poder Legislativo a título de assegurar o cumprimento da função ressoalizadora, deixa ao Poder Judiciário, espaço para adequar a reprimenda ao caso concreto e ao perfil do acusado.

Desta maneira calculam-se sanções correspondentes às condutas subjetivamente analisadas. Mesmo que se trate de um mesmo crime, porém praticadas por dois co-autores diversos, estes não são iguais e, portanto, não podem receber a mesma carga sancionatória.

Há uma parte renomada da doutrina que considera a individualização da pena, quando pondera e privilegia as circunstâncias subjetivas, um retorno ao direito penal de autor, em que se pune o agente pelo que ele é, e não em razão do crime que cometeu. Referem-se à impropriedade de se incorporar à aplicação da pena, fatores extrapenais, informações que dizem respeito a aspectos sociológicos, psicológicos e antropológicos, como defendia a Escola Antropológica do Direito Penal. Pode ser verdade, todavia é premente ressaltar que não se podem confundir diferentes conjunturas: uma é penalizar de acordo ao crime praticado, exercida na inicial atitude de constatação da culpa do autor e conseqüentemente a existência do crime, e outra a graduação da pena, aí sim sendo considerado o agente como indivíduo único e a ele dosada uma penalidade que possa suportar – o acusado não é incriminado por seu apanágio, mas na medida dele.

Salo de CARVALHO refuta a idéia de “revificação de um modelo penal do autor, mas sim uma otimização do direito penal de fato, visto que a análise é

⁷⁷ Art. 5º, 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; (Constituição da República Federativa do Brasil de 1988).

centrada na real capacidade de o autor socialmente referido conhecer, compreender e motivar sua conduta conforme o direito”⁷⁸.

Élio MORSELLI afirma que “negando-se a natureza retributiva da pena, nega-se que a culpabilidade reside na base da responsabilidade penal”⁷⁹, contudo não se pode esquecer da necessidade de arrogar um caráter construtivo à retribuição, a ressocialização do condenado. E neste contexto “a incumbência ao julgador na avaliação subjetiva do réu, longe de importar desapego à legalidade, insegurança para o acusado, promover à discricionariedade exacerbada ou mesmo incremento ao abuso punitivo, exterioriza seu dever legal e constitucional.”⁸⁰, justifica Guilherme de Souza NUCCI.

Três são as formas de concretizar a individualização penal: inicia-se com a individualização legislativa, na qual o legislador seleciona o bem jurídico a ser protegido e as condutas puníveis, elegendo as penas a eles cominadas dentro de um limite mínimo e máximo⁸¹. Exerce essa atividade atento à proporcionalidade entre o delito e a nocividade social causada. Em seguida, a individualização judiciária, entregue a cargo do Magistrado quando reconhece a infração penal, fixando o *quantum* cabível ao responsável. E por último, a individualização executória sendo feita durante o cumprimento do castigo e afeta, em regra, ao Juiz da Vara de Execuções Penais, concedendo ou não a progressão de regime e o livramento condicional, conforme o caso concreto e o comportamento do preso⁸².

Em qualquer um dos formatos de individualização de pena tem-se a conexão direta a outros princípios constitucionais: da legalidade⁸³ (e seus subprincípios: taxatividade, anterioridade e irretroatividade da lei penal), da isonomia⁸⁴, da proporcionalidade, da humanidade, da responsabilidade pessoal⁸⁵ e da

⁷⁸ CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da Pena e Garantismo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, p. 75.

⁷⁹ MORSELLI, Élio. Função da Pena à Luz da Moderna Criminologia. **Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal**, São Paulo, n. 3, p. 5, ago./set. 2000. p. 5.

⁸⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da Pena**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 194-195.

⁸¹ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Aplicação da Pena. **Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, v. 1, n. 3, p. 24-48, ago./set. 2000. p. 24.

⁸² VIANNA, Túlio Lima. Pena – Fixação: Roteiro Didático. **Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, v. 4, n. 19, p. 54-61, abr./maio 2003. p. 59.

⁸³ “Art. 5º, XXXIX. Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.” (Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.)

⁸⁴ “Art. 5º, caput. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza...” (Id.)

⁸⁵ “Art. 5º, XLV. Nenhuma pena passará da pessoa do condenado...” (Id.)

culpabilidade⁸⁶. Resumidamente: postula que todos, indiscriminadamente, são destinatários da lei penal, definindo os crimes com clareza, objetividade e previsão do seu cometimento, informando a pena respectiva a ser imputada proporcionalmente à responsabilidade e culpabilidade do autor, dispensando tratamento materialmente igualitário e humano.

Este estudo restringe-se ao enfoque da individualização judiciária da pena, patenteando a discricionariedade do Juiz ao arbitrar a quantidade e qualidade da punição ao apenado. Mas, por muitas vezes, caiba-lhe ainda corrigir distorções exercidas na individualização legislativa, como ocorre, por exemplo, com o crime de atentado violento ao pudor⁸⁷, cuja pena mínima é de seis anos e coincidente a do homicídio simples, com a agravante de ser classificado como hediondo, com maior restrição à progressão de regime, resultando no absurdo de um beijo indesejado ser mais grave do que a morte do ofendido⁸⁸.

2.2 DO ARBÍTRIO À DISCRICIONARIEDADE

No direito penal da Idade Média, conjuntura em que imperava o ideal retribucionista, prevalecia ilimitado poder dos juízes quanto às deliberações sancionatórias. Resultavam, usualmente, incompatíveis aos parâmetros que escapavam ao bom senso, quer pelo delito ter causado comoção popular, quer por uma inclinação do julgador em ser mais rigoroso diante de específicas violações ou violadores⁸⁹. Essa instabilidade nas condenações gerava, ao jurisdicionado, um sentimento de insegurança e indignação diante das arbitrariedades realizadas.

Reagindo a esse cenário⁹⁰ e de maneira bastante drástica, foi introduzido, inicialmente na França (Código Penal de 1791), um sistema de penas fixas, delineadas pelo legislador, mediante formulação simples: “um ‘mal justo’ na exata

⁸⁶ Não há crime sem dolo ou sem culpa – previsto no art. 18 do Código Penal Brasileiro.

⁸⁷ “Art. 214. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal: Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.” (Código Penal Brasileiro).

⁸⁸ Ensejando o comentário do ex-Ministro da Justiça Saulo Ramos, em artigo intitulado “Mata mas, não beija!” (TORON, Alberto Zacharias. Razoabilidade Punitiva e a Garantia do Devido Processo Legal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 83, n. 702, p. 441-443, abr. 1994. p. 442.)

⁸⁹ SHECAIRA, Sérgio Salomão. Circunstâncias do Crime. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 6, n. 23, p. 67-80, jul./set. 1998. p. 72.

⁹⁰ Cesare BECCARIA, seguido por MONTESQUIEU.

medida do 'mal injusto' praticado pelo delinqüente"⁹¹, a ser aplicada, mecanicamente, pelo Juiz. Tal procedimento melhorou consideravelmente a prestação jurisdicional, no tocante à igualdade e previsibilidade quanto às penas, embora, por outro lado, houvesse anulado por completo o poder criativo dos julgadores, incapazes de abstrair "peculiaridades relativas ao fato em si e de seu autor"⁹².

Buscando uma medida intermediária, estabeleceu-se no Estatuto Penal francês de 1810, índices mínimo e máximo, dentre os quais podia variar a mensuração da pena.⁹³ Destarte, a idéia de sua individualização foi admitida pelas legislações modernas, inclusive a brasileira, deferindo discricionariedade ao Magistrado.

2.3 DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL

Cumpre-se antes da apreciação da discricionariedade judicial, conceituar dentro do âmbito da figura do agente público abarcando a do Magistrado, o ato vinculado e o ato discricionário. Não se aconselha manter a distinção simplista de que enquanto o ato vinculado está preso à determinação legal, para o ato discricionário o agente é totalmente livre em sua atuação, pois como lembra Katherinne MACIEL, a adoção de um Estado Democrático de Direito, com a consagração dos direitos e garantias fundamentais, estreitaram as diferenças entre vinculação e discricionariedade.⁹⁴ Atualmente, inexistem conceitos estanques, porque até os atos discricionários são comprometidos com os princípios.

Na verdade, "mesmo os atos vinculados guardam um mínimo de discricção"⁹⁵, como acontece, por exemplo, no art. 44 do CP, em que a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito não é aplicável livremente pelo julgador, mas somente após atendidos alguns pressupostos. Assim e em tudo, elucida Juarez FREITAS, tanto o administrador como o julgador, que nunca são autômatos, jamais

⁹¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. O Arbítrio Judicial na Dosimetria Penal. **Revista dos Tribunais**. São Paulo. v. 85, n. 723, p. 497-505, jan.1996. p. 497.

⁹² BOSCHI, José Antônio Paganella. Op. cit., p. 169.

⁹³ BITENCOURT, Cezar Roberto. **O Arbítrio Judicial...**, p. 498.

⁹⁴ MACIEL, Katherinne de Macedo Mihaliuc. **Discricionariedade Administrativa e Conceitos Jurídicos Indeterminados: Estudos em face de um Paradigma Constitucional**. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004. p. 36.

⁹⁵ RIVERO, Jean. In *Droit Administratif*. Paris: Dalloz, 1973, p. 82 apud GERMANO, Luiz Paulo Rosek; GIORGIS, José Carlos Teixeira (Org). **Lições de Direito Administrativo: estudos em homenagem a Octavio Germano**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 23.

devem desmemoriar-se do vínculo ao sistema e ao dever de uma consistente argumentação.⁹⁶

Celso Antônio Bandeira de MELLO vai ainda mais longe a comprometer a discricionariedade à satisfação de uma finalidade legal⁹⁷, e completa seu raciocínio explicando que o legislador apenas deixa uma margem de liberdade ao destinatário, para que este escolha, diante do caso concreto a melhor alternativa possível, utilizando seu poder de interpretação, a fim de efetivar uma solução perfeita.⁹⁸ E só faz isso, porque trabalha dentro do mundo da abstração, impossibilitado de prever todas as situações futuras, entretanto podendo desenhar uma moldura através de conceitos indeterminados que serão, na oportunidade de sua aplicação, ajustados pelo agente público, sob pena de serem revistos pela própria administração ou pelo Poder Judiciário.

Motivos vêm antes da prática do ato. Praticado o ato busca-se alcançar a finalidade. São pressupostos (vêm antes e devem existir de modo completo – perfeitos e acabados) de fato e de direito que conduzem a prática do ato. Não se admite que a administração pública pratique um ato esperando que uma situação de fato venha a existir. A situação de fato deve caber de modo perfeito (raciocínio Kelseniano de subsunção) à norma, para conduzir à prática do ato. Fato se constata, direito se interpreta.

O único requisito de validade dos motivos é que sejam verdadeiros. E esta análise recai sobre a motivação – apresentação dos motivos. Todo ato administrativo, como a conduta humana, requer um motivo, mas nem todo ato depende de motivação ou apresentação de motivos.

Parte-se da motivação e vai-se aos fatos e ao direito, se forem verdadeiros os motivos, o ato é válido. São possíveis os vícios de falsidade, em que há um motivo, mas não coincidente ao declarado e inexistência da motivação.

Transportando os ensinamentos do Direito Administrativo para o Direito Penal, a finalidade matriz da lei, a que se referia Celso Antônio Bandeira de MELLO, é encontrar uma pena ideal, como sintetiza Celso DELMANTO:

⁹⁶ GERMANO, Luiz Paulo Rosek; GIORGIS, José Carlos Teixeira (Org). Op. cit., p. 24.

⁹⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 33.

⁹⁸ Ibid., p. 48.

Pena é a imposição da perda ou diminuição de um bem jurídico, prevista em lei e aplicada pelo órgão judiciário, a quem praticou ilícito penal. Ela tem finalidade retributiva, preventiva e ressocializadora. Retributiva, pois impõe um mal (privação de bem jurídico) ao violador da norma penal. Preventiva, porque visa a evitar a prática de crimes, seja intimidando a todos, em geral, com o exemplo de sua aplicação, seja, em especial, privando de um bem jurídico o autor do crime e visando obstar que ele volte a delinquir. E ressocializadora, porque objetiva a sua readaptação social.⁹⁹

Logo, segundo o autor, a discricionariedade do Juiz limita-se ao preenchimento dos conceitos valorativos indeterminados trazidos pelo legislador, segundo as peculiaridades do caso em exame, a fim de indicar a solução mais adequada à finalidade por ele almejada, uma pena justa, proporcional, pessoal, com funções de retribuição, prevenção geral e especial, e ressocializadora. Qualquer desvio desta finalidade emoldurada pela lei caracteriza arbitrariedade e, por conseguinte, a nulidade do ato, a ser declarado pelo Tribunal, seja através da via recursal ou das ações impugnativas autônomas: *habeas corpus*, mandado de segurança ou revisão criminal.

Guilherme de Souza NUCCI enfatiza que, o Juiz está preso aos parâmetros legais e dentre eles pode eleger suas opções, para alcançar uma aplicação justa da lei penal, acolhendo às exigências da espécie concreta, isto é, as suas singularidades, as suas nuances objetivas e principalmente à pessoa a quem a punição se destina¹⁰⁰. Todavia, visando evitar a imparcialidade do julgador ou a impossibilidade, mesmo que inconsciente, de se neutralizar das suas experiências e preconceitos pessoais, o livre convencimento do julgador deve ser vigiado, ou melhor, controlado a partir da exigência constitucional da fundamentação de suas decisões (art. 93, IX, CR/88).

2.4 MOTIVAÇÃO: DA INEXIGIBILIDADE À GARANTIA CONSTITUCIONAL

Embora haja registros mais antigos¹⁰¹ sobre a motivação de decisões judiciais, é possível estabelecer como marco inicial a Revolução Francesa (primeiro

⁹⁹ DELMANTO, Celso. **Código Penal Comentado**. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 67-68.

¹⁰⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. Op. cit., p. 161.

¹⁰¹ Decretal *Sicut nobis* de Inocêncio III datado de 1199 citou a motivação, mas considerava válida sentença não motivada pelo fato de ter sido prolatada pela *auctoritas iudiciaria*; Decretal *Quum medicinalis* de Inocêncio IV previu a exigência da motivação da sentença de excomunhão, sob pena de sanção ao juiz que não a cumprisse; em 1215 o Concílio da Latrão trazia modelo de fundamentação mais sucinta se comparada aos moldes atuais, porém sua ausência não comprometia a validade da sentença, assim como não era incentivada pela doutrina da época que julgava mais um

texto revolucionário - art. 22 do Décret de 8-9 de outubro de 1789)¹⁰², além da íntima relação com o repúdio ao autoritarismo. E justamente neste ponto são assinalados avanços e retrocessos no decorrer da história, em correspondência direta a específicos contextos políticos.

Durante o absolutismo, momento em que o poder dos monarcas reinava de maneira plena, a prática da motivação das decisões deixou de ocupar espaço nas legislações. Época em que o rei era expressão da vontade divina e seu arbítrio não assumia conotação jurídica e sim moral. O mesmo ocorreu mais tarde, no século XIX, quando as constituições dos Estados criados por Napoleão omitiram qualquer menção ao dever de fundamentação, relegando-o à legislação ordinária¹⁰³.

Ao passo que alternaram as relações de poder, quanto mais comprometidos eram os governantes com seus governados, maior relevância assumia as justificações de seus atos. Alteraram-se também, além dos ambientes políticos, as razões preponderantes ao dever de motivar as decisões: o iluminismo francês consagrava a supremacia da lei contra o exercício arbitrário do poder dos juizes, a certeza quanto à aplicação do direito (em contraposição à existência de várias fontes jurídicas) e a organização judiciária (contrário à competência de julgar atribuída a diversos órgãos).

A supremacia da lei assegurava a supremacia do Poder Legislativo¹⁰⁴, ou seja, a vontade popular soberana manifestada por intermédio de seus representantes¹⁰⁵. Aos juízes não era permitida a criação de leis e sim aplicá-las em

entreve à função jurisdicional. A respeito dessa parte da história ver mais em: GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 51 e seguintes.

¹⁰² "Toute condamnation exprimera les faits pour lesquels l'accusé sera condamné". Id., p.62.

¹⁰³ Id., p. 63.

¹⁰⁴ Assevera Castanheira NEVES que a interpretação judicial das leis tem sido, durante a história, obstaculizada pelos Estados (sujeição do judiciário ao literalismo, tribunais de cassação etc), a fim de manter o controle das leis nas mãos do legislativo (interpretação autêntica em sentido estrito), entretanto, aos poucos, houve o reconhecimento da pertinência, e porque não dizer, da premência de uma interpretação jurisdicional para a concretização do direito. Trata-se da realização da ordem jurídica numa acepção global de juridicidade, "é toda a determinação de um critério normativo-jurídico para uma judicativa decisão concreta no âmbito do direito ou no quadro da validade normativa que ele institui". (NEVES, A. Castanheira. **O actual problema metodológico da interpretação jurídica**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 29-30).

¹⁰⁵ "O caráter racionalista da democracia manifesta-se sobretudo na tendência em estabelecer a ordem jurídica do Estado como um sistema de normas gerais criadas, com essa finalidade, por um procedimento bem organizado. Existe uma clara intenção de determinar, mediante uma lei preestabelecida, os atos individuais dos tribunais e órgãos administrativos, de modo a torná-los – o máximo possível – calculáveis. Há uma franca necessidade de racionalizar o processo no qual o poder do Estado se manifesta. É esse o motivo pelo qual a legislação é vista como a base das outras funções do Estado. O ideal de legalidade desempenha uma papel decisivo; admite-se que os atos

total consonância com a vontade do legislador (detentor do monopólio da produção legislativa), no ideal de que o ordenamento jurídico respondia a qualquer problema que lhe fosse apresentado. Não por coincidência, foi instaurado, ao mesmo tempo, o Tribunal de Cassação.¹⁰⁶

A sociedade controlando os atos da administração da justiça era uma forma de limitação de um poder que não era pessoal (do juiz ou do rei), mas que constituía uma delegação daquela mesma sociedade¹⁰⁷. Não competia ao juiz perquirir se a solução era eqüitativa ou socialmente aceitável¹⁰⁸. Juízos de valor como: justiça ou injustiça da lei eram restritos ao legislador¹⁰⁹.

Mais tarde, a mistificação do dogma do sistema jurídico ser fechado, coerente e completo foi substituída pelo art. 4º do código napoleônico que prescrevia a obrigação do juiz de julgar todos os casos que chegassem as suas mãos, independentemente de antinomias, lacunas, silêncio, obscuridade, ambigüidade ou insuficiência da lei. Ao mesmo tempo em que se incentivava a interpretação dos magistrados, intensificavam-se os meios de controle a coibir o poder criativo judicial.

Esses espaços inevitáveis do poder discricionário judicial (poder de comprovação probatória ou de verificação fática; o poder de conotação ou de compreensão eqüitativa; o poder de disposição ou de valoração ético-política¹¹⁰), impôs enorme responsabilidade da administração da justiça, em demonstrar, via motivação, que sua escolha dentre aquelas oferecidas pelo legislador (moldura de Kelsen) foi a mais acertada sob o aspecto da legalidade e legitimidade, já que criador da norma, efetivamente, aplicada *in concreto*.

A motivação adquiriu outra função primordial no Estado de direito, a de garantia dos cidadãos em face do exercício do poder jurisdicional, tanto na esfera política, quanto processual. O Estado de direito sendo acima de tudo um Estado Constitucional, vincula a sentença judicial não exclusivamente ao texto legal (como afirmavam os positivistas), mas aos ditames constitucionais.

individuais do Estado podem ser justificados por sua conformidade com as normas gerais do Direito. A segurança jurídica, em vez da justiça absoluta, ocupa o primeiro plano da consciência jurídica." (KELSEN, Hans. **A democracia**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 185)

¹⁰⁶ PERELMAN, Chaïm. **Ética e direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 562.

¹⁰⁷ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Op. cit., p. 61.

¹⁰⁸ PERELMAN, Chaïm. **Ética...** Op. cit., p. 562.

¹⁰⁹ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 391.

¹¹⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**. São Paulo: RT, 2002, p.33.

Luigi FERRAJOLI atribui ainda ao julgador um comprometimento visceral com o garantismo jurídico, ou seja, vislumbrando o Estado de Direito não simplesmente como um “Estado legal” ou “regulado pelas leis”, mas um modelo de Estado dotado de efetivas garantias, sejam liberais ou sociais. As primeiras versando sobre as vedações no ordenamento constitucional, a supor prestações negativas voltadas à garantia dos direitos de liberdade (são os direitos “de”). E, as segundas, caracterizadas pela incorporação de obrigações a requerem prestações positivas como a garantia dos direitos sociais ou materiais (são os direitos “a”).

O Estado democrático de direito foi criado (logo, artificial) fundado em direitos naturais inerentes ao homem que o protegem do próprio Estado. São os direitos fundamentais formando, nas constituições modernas, um núcleo garantidor que não pode de forma alguma ser suprimido, ainda que pela vontade da maioria (democracia substancial)¹¹¹.

O magistrado assume, sob esse prisma, o dever-poder de respeitar os direitos fundamentais¹¹², assim como de insurgir-se em face de normas que o violem, deixando de aplicá-las (exercendo seu poder discricionário de disposição). Tomadas, por empréstimo, as palavras de Ingo Wolfgang SARLET,

os atos judiciais que atentem contra os direitos fundamentais poderão constituir objeto de controle jurisdicional, fiscalização esta que, entre nós, é exercida, em última instância, pelo Supremo Tribunal Federal, na condição de autêntica Corte Constitucional, a quem incumbe, na medida em que ele próprio vinculado à Constituição e aos direitos fundamentais, não apenas a guarda, mas o próprio desenvolvimento da nossa Lei Fundamental.¹¹³

É de clara percepção a importância, dentro desse novo cenário, da validade da norma¹¹⁴. E essa validade só pode ser avaliada diante de uma sentença

¹¹¹ “O princípio da democracia política, relativo a quem decide, é, em suma, subordinado aos princípios da democracia social, relativos ao que não é lícito decidir e ao que não é lícito não decidir”. Ibid., p. 694.

¹¹² O direito em geral é um “artifício” criado pelo homem e para o homem, como seu instrumento. Natural não é o Estado ou o poder, mas as pessoas e as suas necessidades vitais. Direitos “inatos” ou “naturais”, para além da metafísica jusnaturalista onde foram concebidos, significam precisamente direitos “pré-estatais” ou “pré-políticos”, no sentido de que não são fundados por aquela criatura que é o Estado, mas são “fundamentais” ou “fundadores” de sua razão de ser, como parâmetros externos e objetivos de sua organização, delimitação e disciplina funcional. (Ibid., p. 707.)

¹¹³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 7. ed. ver. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 398.

¹¹⁴ Conceituada por Luigi Ferrajoli como o respeito pelo conteúdo do ordenamento, ou ainda, a correspondência substancial entre o conteúdo normatizado e os limites existentes no ordenamento (direitos fundamentais). (FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p. 701.)

fartamente fundamentada, enriquecida com argumentos de fato e de direito que traduzam um raciocínio jurídico lógico do julgador.

A Constituição Federal de 1988 consagra como garantia constitucional o dever de motivação de todas as decisões judiciais¹¹⁵, trazendo em seu art. 93, IX, expressamente que:

todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e **fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade**, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;" (grifos nossos).

Assim como o artigo 381, III¹¹⁶ do Código de Processo Penal atendendo o que diz a Exposição de Motivos do mesmo diploma legal:

A sentença deve ser motivada. Com o sistema do relativo arbítrio judicial na aplicação da pena, consagrado pelo novo Código Penal, e o do livre convencimento do Juiz, adotado pelo presente projeto, é a motivação da sentença que oferece garantia contra os excessos, os erros de apreciação, as falhas de raciocínio ou de lógica ou os demais vícios de julgamento. No caso de absolvição, a parte dispositiva da sentença deve conter, de modo preciso, a razão específica pela qual é o réu absolvido. É minudente o projeto, ao regular a motivação e o dispositivo da sentença.

A determinação se encaixa perfeitamente ao sistema intermediário preconizado pelo direito moderno, o qual delega maior poder de decisão aos

¹¹⁵ 116185033 – HABEAS CORPUS – DIREITO PENAL – SENTENÇA – PENA-BASE – FUNDAMENTAÇÃO – VÍCIO PARCIAL – OCORRÊNCIA – CONFISSÃO – ATENUANTE OBRIGATÓRIA – CARACTERIZAÇÃO – 1. A fundamentação das decisões do Poder Judiciário, tal como resulta da letra do inciso IX do artigo 93 da Constituição da República, é condição absoluta de sua validade e, portanto, pressuposto da sua eficácia, substanciando-se na definição suficiente dos fatos e do direito que a sustentam, de modo a certificar a realização da hipótese de incidência da norma e os efeitos dela resultantes. 2. Tal fundamentação, para mais, deve ser deduzida em relação necessária com as questões de direito e de fato postas na pretensão e na sua resistência, dentro dos limites do pedido, não se confundindo, de modo algum, com a simples reprodução de expressões ou termos legais, postos em relação, não raramente, com fatos e juízos abstratos, inidôneos à incidência da norma invocada. 3. A forma brutal da execução sumária da vítima, homem de idade avançada, é circunstância judicial, própria à função agravadora da pena-base (Código Penal, artigos 59 e 68). 4. A individualização da pena requisita, sob a sanção de nulidade da sentença, fundamentação ajustada ao seu estatuto legal, que em nada se identifica com a simples reprodução dos termos do artigo 59 do Código Penal. 5. As consequências do crime, enquanto necessárias à sua natureza, são, no seu modelo básico, circunstância da individualização legislativa, que tem sede no ato político de criminalização e apenação do fato, o que exclui a sua função como circunstância judicial, pena de violação do princípio ne bis in idem. 6. Na jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça, da qual diverge a relatoria, a caracterização da atenuante inserta no artigo 65, inciso III, alínea "d", do Código Penal depende exclusivamente de sua voluntariedade. 7. Ordem parcialmente concedida. (STJ – HC 200400930309 – (36529 SP) – 6ª T. – Rel. Min. Hamilton Carvalhido – DJU 11.04.2005 – p. 00391) JCF.93 JCF.93.IX JCP.59 JCP.68 JCP.65 JCP.65.III.D

¹¹⁶ a indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão:

juizadores em contrapartida ao devido embasamento jurídico e fático. Juarez FREITAS emenda que, havendo um direito afetado, este obrigará os juizes no exercício da tutela jurisdicional (e aos Tribunais, inclusive, no âmbito de suas decisões administrativas) a explicarem meticulosamente a razão, sob pena de nulidade dos atos realizados, sejam os propriamente vinculados ou de discricionariedade vinculada.¹¹⁷

Não se trata de capricho do legislador, mas uma garantia contra a insegurança jurídica. Em matéria penal, acentua Eugênio Raul ZAFFARONI, a individualização da pena tem um deficiente desenvolvimento pela doutrina, sem princípios claros, levando invariavelmente ao campo da arbitrariedade, quando as margens penais apresentam exagerada amplitude e convertem o arbítrio judicial em arbitrariedade.¹¹⁸

Ada Pellegrini GRINOVER focaliza três justificativas ao dever de motivar: a primeira, como garantia da imparcialidade do Magistrado; segundo como ferramenta para verificar se a decisão atendeu à legalidade, e; finalmente para constatação pelas partes, de quais argumentos e provas utilizou-se o Juiz para rematar o caso.¹¹⁹ Gilberto FERREIRA acrescenta uma quarta e não menos importante razão de minudente exposição do raciocínio lógico percorrido pelo sancionador, relacionada à mensuração da pena, reportar ao sentenciado e ao Tribunal, no caso de reapreciação da matéria, qual a exata quantidade de pena empregada a cada circunstância.¹²⁰

Detentor de vasta experiência como Juiz e preocupado com a questão, Mário Helton JORGE, escreveu um artigo, no qual frisa não bastar indicação da existência da circunstância judicial ou legal, mas sim conectá-la aos fatos provados durante a instrução do processo.¹²¹

José Antonio Paganella BOSCHI acrescenta que:

Integrando a atividade de determinação da medida da pena a dinâmica do poder punitivo do Estado, as agravantes e atenuantes devem traduzir, de modo objetivo, em decisão fundamentada, as correspondentes quantidades

¹¹⁷ GERMANO, Luiz Paulo Rosek; GIORGIS, José Carlos Teixeira (Org). Op. cit., p. 24.

¹¹⁸ ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 825.

¹¹⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. Op. cit., p. 212.

¹²⁰ FERREIRA, Gilberto. Op. cit., p. 66.

¹²¹ JORGE, Mário Helton. Direito Penal: A Quantificação da Pena em Face das Circunstâncias. **Revista dos Tribunais**, Curitiba, v. 825, p. 435-441, jul. 2004. p. 439.

de pena, de modo a permitir-se o controle dessa dinâmica, pela via do recurso. Eventualmente, o procedimento pode ser substituído pela declaração de compensação entre as circunstâncias em concurso, quando não houver óbice relacionado com as circunstâncias preponderantes (artigo 67 do CP)¹²²

A sentença deve permitir sua crítica, posto que não sendo possível reconhecer a fundamentação que leva à imposição de uma determinada pena, não é suscetível de comprovação a sua adequação às normas legais¹²³, finaliza Eugênio Raul ZAFFARONI.

2.5 SISTEMA TRIFÁSICO DE APLICAÇÃO DA PENA

No Brasil, foi adotado com a reforma de 1984¹²⁴, o método trifásico estabelecido no art. 68 do Código Penal e defendido por Nelson HUNGRIA, prevalecendo ao bifásico¹²⁵ sugerido por Roberto LYRA, por ser “o mais detalhado para as partes conhecerem exatamente o que pensa o Juiz no instante de aplicar a pena”.¹²⁶ No cálculo em duas etapas, o *quantum* atribuído à agravante acaba consumido ou englobado na pena-base, confundindo-se a medida com o objeto medido¹²⁷, asseverando José Antônio Paganella BOSCHI.

A metodologia consiste na determinação da quantidade de pena definitiva depois de percorridas três fases distintas: na primeira é fixada a pena-base atendendo-se ao critério do art. 59 da lei penal; na segunda são consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes, constituindo a pena provisória; e por último, a pena definitiva, computando-se as causas de diminuição e de aumento.

Para melhor compreensão do sistema trifásico é precípuo apontar as diferenças entre elementares e circunstâncias que envolvem o delito. As elementares “são fatores que integram um tipo legal¹²⁸ básico ou autônomo,

¹²² BOSCHI, José Antônio Paganella. Op. cit., p. 245-246.

¹²³ ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. Op. cit., p. 826.

¹²⁴ Lei 7209 de 1984.

¹²⁵ “No qual para a determinação da pena-base, o Juiz deveria valorar em globo as circunstâncias judiciais e as circunstâncias legais agravantes e atenuantes. Sobre essa pena, ele faria incidir os aumentos ou as diminuições correspondentes às eventuais majorantes ou minorantes, que, como prevê o nosso Código, podem ser encontradas tanto na Parte Geral, quanto na Parte Especial.” (ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. Op. cit., p. 174)

¹²⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. Op. cit., p. 182.

¹²⁷ BOSCHI, José Antônio Paganella. Op. cit., p. 175.

¹²⁸ “Tipo legal é o conjunto dos dados descritivos de um crime, p.e. tipo legal do homicídio é “matar alguém”. Enquanto que Tipo penal para ser completo, exige-se uma série de outros requisitos que não aparecem no tipo legal, como no homicídio, são elementos implícitos: o dolo do agente (art. 18

distinguindo uns dos outros”¹²⁹, descrevem a conduta que o legislador proíbe. “Enquanto que todos os demais componentes, que mesmo não sendo essenciais, interessam à aplicação da pena, são as circunstâncias do crime”¹³⁰. Como por exemplo, o art. 121, define: “matar alguém”, a elementar do homicídio, é “matar alguém”, logo o vocábulo “matar” ou “alguém” isoladamente, não constitui o delito. Para que exista o crime de homicídio é forçoso que a conduta “matar alguém” se concretize. Assim, as demais circunstâncias, sejam elas: por motivo torpe; o agente é menor; a vítima é ascendente; e assim por diante, não são elementares, pois não unificam a conduta proibida e também sua falta não desmaterializa o delito, são apenas acessórias, porém relevantes para o correto apuro da pena.

É possível também que a elementar assuma descrição de outro tipo legal, como acontece no art. 123 “Matar, sob a influência do estado puerperal, o próprio filho, durante o parto ou logo após”, no qual há o verbo “matar”, mas não se esgota no homicídio. Prevalecem os elementos subjetivos do tipo ou peculiaridades que o integram, descrevendo o infanticídio.

Sobrevêm as qualificadoras quando a norma legal previamente define formas mais gravosas para a tipificação, agregando pena mais elevada donde deve iniciar a equação, são os tipos derivados. Por exemplo, o homicídio é qualificado se executado à traição, com emprego de veneno, por motivo torpe, entre outros, sujeitando o autor a maior reprovação¹³¹ do que o homicídio simples. Como, por outro lado, a derivação do tipo permitirá menor censura nas feições privilegiadas: por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob domínio de violenta emoção.

132088102 – PENAL – TRIBUNAL DO JÚRI – HOMICÍDIO – DOSIMETRIA DA PENA – PLURALIDADE DE QUALIFICADORAS – REFLEXO NA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA – É admissível que diante da pluralidade de qualificadoras, considere o juiz apenas uma delas para a caracterização do homicídio qualificado, havendo de mensurar as que sobejarem como circunstâncias judiciais, jamais como agravantes, diante da expressa proibição contida no artigo 61, do cp: “salvo quando constituem ou qualificam o crime.” o critério da legalidade estrita, que norteia a individualização da pena, não recomenda a afronta à literalidade da lei, máxime quando em prejuízo do réu. (TJDF – APR 20041010006248 – 1ª T.Crim. – Rel. Des. Edson Alfredo Smaniotto – DJU 30.11.2005 – p. 183) JCP.61

do CP) e a imputação objetiva (art. 13 do CP).” (GOMES, Luiz Flávio. *Imputação Objetiva*. Aula apresentada na TV Justiça, São Paulo, ago. 2005)

¹²⁹ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Op. cit., p. 24.

¹³⁰ Id.

¹³¹ Homicídio simples – pena: 6 a 20 anos, enquanto Homicídio qualificado – pena: 12 a 30 anos e ainda Homicídio privilegiado – redução de um sexto a um terço da pena.

As circunstâncias (que não constituem e nem qualificam o crime) podem ser legais ou judiciais. São legais quando previstas objetivamente pela lei penal e subdivididas em genéricas, quando aplicáveis a qualquer crime agravando ou atenuando a pena-base, presentes na Parte Geral do Código, nos artigos 61, 62 e 65 e 66 respectivamente. E específicas porque agrega à sua previsão legal o *quantum* a ser acrescido ou diminuído à pena, encontradas tanto na Parte Geral, quanto Especial do Código. É muito fácil diferenciá-las das genéricas porque vêm sempre seguidas de quantidades fixas, terço, dobro ou triplo, e quantidades variáveis num intervalo fracionário, 1/6 a 2/3, 1/3 a 1/2.

Quando, no caso concreto, estão configuradas simultaneamente uma circunstância legal genérica e outra específica (ou causa especial de aumento), prevalecerá a última em detrimento da primeira, sob pena de desatender o princípio *no bis in idem*, como por exemplo o julgado:

116278509 – CRIMINAL – HC – ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR – VIOLÊNCIA PRESUMIDA – DOSIMETRIA – CONTINUIDADE DELITIVA – PLEITO DE NÃO INCIDÊNCIA – IMPOSSIBILIDADE – INSTITUTO CARACTERIZADO – ART. 9º DA LEI Nº 8.072/90 – INAPLICABILIDADE – AUSÊNCIA DE LESÃO CORPORAL OU MORTE – **AGRAVANTE GENÉRICA – CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA – BIS IN IDEM CONFIGURADO – AFASTAMENTO DA AGRAVANTE – ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA** – I. Hipótese na qual ao paciente foi atribuído o atentado violento ao pudor praticado em desfavor de sua própria filha, desde que esta tinha 08 anos de idade. II. Descabida a pretensão de afastamento da continuidade delitiva, pois os argumentos trazidos na impetração, corroborados por julgados desta corte, não se amoldam ao caso dos autos, sendo que ao paciente não foi imputado o estupro, tampouco o atentado violento ao pudor a ele atribuído foi praticado contra vítimas diversas. III. A causa especial de aumento de pena prevista no art. 9º da Lei nº 8.072/90 só incide nos delitos sexuais (atentado violento ao pudor e estupro) cometidos com violência presumida, quando ocorrer o resultado lesão corporal ou morte. Precedentes. IV. **Não se pode afastar a causa especial de aumento de pena da agravante genérica descrita no art. 61, inciso II, alínea "f", pois o fato de ser ascendente da vítima, traz intrínseca a convivência e, conseqüentemente, a relação doméstica capaz de agravar a reprimenda aplicada ao réu.** V. **Prevalece a causa de aumento de pena constante do art. 226, inciso II, do Código Penal, por ser cabível exclusivamente nos crimes contra os costumes, em desfavor da agravante genérica, a qual se aplica quando não houver outra circunstância especial.** VI. **Não se admite o bis in idem configurado na sentença condenatória, pois, na fixação da pena-base, além de considerar as relações domésticas para elevar a pena na segunda fase da dosimetria, ainda utilizou o mesmo critério para majorar a reprimenda como circunstância especial de aumento de pena.** V. É viável o exame da dosimetria da reprimenda por meio de habeas corpus, devido a eventual desacerto na consideração de circunstância ou errônea aplicação do método trifásico, se daí resultar flagrante ilegalidade e prejuízo ao réu. VI. Deve ser cassado o acórdão recorrido, bem como a sentença monocrática no tocante à dosimetria da pena, determinando-se

que outra seja proferida, excluindo-se a aplicação do art. 9º da Lei nº 8.072/90, bem como a agravante genérica constante do art. 61, inciso II, alínea "f", do Código Penal, mantendo-se os demais termos da condenação. VII. Ordem parcialmente concedida, nos termos do voto do relator. (STJ – HC 200501477933 – (47623 PB) – 5ª T. – Rel. Min. Gilson Dipp – DJU 01.02.2006 – p. 00583) JCP.226 JCP.226.II JCP.61 JCP.61.II.F (grifos nossos)

2.6 CONCEITUAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS

As circunstâncias judiciais, listadas no *caput* do art. 59 são assim chamadas porque embora também legais, já que definidas em lei, dependem da valoração positiva ou negativa, conveniente ao seu conteúdo e realizada pelo sancionador diante do caso concreto¹³².

Estabelecem a pena-base, ou melhor, o ponto de partida da dosimetria da pena. No entanto, retorna-se a elas quando se trata de determinar a espécie de pena aplicável, sugerindo uma quarta fase ao método, como defende Eugênio Raul ZAFFARONI. Uma vez que a escala normal pode estabelecer uma pena cuja quantidade não permita sua substituição, e, logo em seguida, como decorrência de uma escala alterada (3ª fase), venha a ser possível¹³³. Isso se deve ao fato de existir situações nas quais as causas de aumento ou diminuição extrapolem os escores mínimos e máximos, perfeitamente aceitáveis.

São critérios limitadores do *arbitrium judicis* no sentido de ser a pena ajustada, o mais possível, à pessoa do delinqüente. Nessa tarefa terá o Juiz que averiguar aspectos subjetivos (culpabilidade, antecedentes, conduta, personalidade e motivos) e objetivos (circunstâncias do crime propriamente ditas, conseqüências e comportamento da vítima) “que reproduzem a biografia moral do condenado de um lado, e as particularidades que envolvem o fato criminoso de outro”¹³⁴. Só depois disso é que deve fixar proporcionalmente a pena cominada, segundo seu prudente arbítrio.

A validade da ponderação de cada circunstância judicial implica em correspondente prova nos autos que a sustentem. Daí por que o magistrado tem o dever de precisar na sentença seu convencimento, com absoluta clareza e objetividade, a respectiva fonte informadora, de sorte que a tarefa de

¹³² BOSCHI, José Antônio Paganella. Op. cit., p. 185.

¹³³ ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. Op. cit., p. 828.

¹³⁴ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 1999. p. 293.

individualização da pena não reflita trabalhosa, mas despropositada criação mental.¹³⁵

Merece atenção ressalva feita por Eugênio Raul ZAFFARONI quanto à premência de uma investigação criminológica para detectar possível desvio de personalidade, conduta social ou culpabilidade. Conquanto a realização de um informe criminológico de um processado esbarre no princípio constitucional de presunção de inocência, além de invadir a privacidade e intimidade da pessoa¹³⁶. Denota o autor que para tanto, o processo deveria separar-se em duas partes: na primeira configurando o fato (autoria e materialidade) e a segunda individualizando a pena¹³⁷. Um primeiro passo nesta direção já foi dado com a edição da Lei 10792 de 2003 que alterou o interrogatório no Código de Processo Penal, aproximando-o à proposta do autor, que este trabalho voltará a retomar.

Para Guilherme de Souza NUCCI, o conteúdo do art. 59 é utilizado tanto para a fixação da pena como para a disponibilizar uma série de benefícios penais espalhados pelo Código Penal como: substituição por pena restritiva de direitos¹³⁸, suspensão condicional da pena – *sursis*¹³⁹, deliberação quanto ao regime¹⁴⁰ de cumprimento, podendo conceder o aberto¹⁴¹ etc., portanto sua importância é extrema, interferindo sobremaneira na situação sancionatória do apenado.¹⁴²

Antes da descrição de cada circunstância judicial é prudente tecer alguns comentários:

1º) Muita cautela deve ser tomada durante a classificação das características do autor ou do delito cometido, a fim de evitar comuns impropriedades. Em situações concretas distintas, a mesma minúcia pode assumir dimensões integralmente diferentes, podendo tanto ser uma elementar ou

¹³⁵ BOSCHI, José Antônio Paganella. Op. cit., p. 188.

¹³⁶ ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, Op. cit., p. 830.

¹³⁷ Id.

¹³⁸ Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: III - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente. (Código Penal Brasileiro.)

¹³⁹ Art. 77. A execução da pena privativa de liberdade, não superior a 2 (dois) anos, poderá ser suspensa, por 2 (dois) a 4 (quatro) anos, desde que: II - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do benefício; (Id.)

¹⁴⁰ Art. 33. § 3º. A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no artigo 59 deste Código. (Id.)

¹⁴¹ Súmula 269 do STJ - É admissível a adoção do regime prisional semi-aberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais.

¹⁴² NUCCI, Guilherme de Souza. Op. cit., p. 190.

qualificadora do crime, uma circunstância judicial ou legal, porém jamais valoradas duplamente.

2º) A apuração de cada uma das oito circunstâncias judiciais, individualizando a pena deve ser realizada singularmente para cada réu e para cada infração penal praticada, mesmo que num mesmo processo vários sejam os co-réus ou delitos. No caso de estupro com posterior homicídio e por fim, ocultação de cadáver, as medidas de pena-base serão repetidas por três vezes, podendo traçar contornos únicos, contextualizados a cada fato. Por exemplo, o motivo do estupro não é coincidente ao do homicídio e tampouco à ocultação de cadáver; são atitudes movidas por sentimentos díspares.

3º) Mário Helton JORGE recomenda que, inexistindo qualquer apontamento legal sobre preponderância de uma circunstância judicial sobre a outra, sejam sopesadas igualmente, na proporção de 1/8 sobre a pena mínima, cada uma adversa ao réu.¹⁴³

2.6.1 Culpabilidade

A expressão 'culpabilidade' assume no Direito Penal, conceitos distintos, cabendo desde logo apresentar os dois mais pertinentes, um relacionado à teoria do delito e outro à teoria da pena.

O primeiro deles diz respeito ao elemento constitutivo do crime. Perfaz-se o delito a partir de uma conduta humana individualizada mediante um dispositivo legal (tipo) que revela sua proibição (típica), que por não estar permitida por nenhum preceito jurídico (causa de justificação) é contrária à ordem jurídica (antijurídica) e que, por ser exigível do autor que agisse de maneira diversa diante das circunstâncias, é reprovável (culpável).

O injusto (conduta típica e antijurídica) revela a repulsa que o direito faz recair sobre a conduta em si, enquanto a culpabilidade é uma característica que a conduta adquire por uma especial condição do agente (pela reprovabilidade), que do injusto se faz ao autor.

Como esclarece Cezar Roberto BITENCOURT, culpabilidade é o fundamento da pena, exigindo para isso, a presença de alguns requisitos –

¹⁴³ JORGE, Mário Helton. Op. cit., 438.

imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade da conduta conforme o direito – que constituem os elementos positivos específicos da definição dogmática de culpabilidade. A inexistência de qualquer desses itens impede a responsabilização.¹⁴⁴

O segundo significado de ‘culpabilidade’ opera como fator de mensuração e limite da pena, substituindo as antigas expressões ‘intensidade do dolo’ e ‘graus de culpa’ anteriores à reforma de 84. Tem por escopo evitar que a penalidade imposta seja aquém ou além da medida prevista pela própria idéia de culpabilidade, aliada, é claro, a outros critérios.

Para Gilberto FERREIRA, trata-se de “um juízo de reprovação que recai sobre o agente mentalmente sã, que praticou conscientemente um fato ilícito que poderia não praticar ou esquivar-se, se quisesse”.¹⁴⁵

Juliana de Andrade COLLE, adianta que a apreciação da culpabilidade na dosimetria da pena é tarefa muito mais árdua para o julgador, pois diferente de pura constatação feita na perpetração do crime, trata-se de um criterioso exame valorativo. Cabe ao Juiz, nessa ocasião, calcado em dados abstraídos dos autos, dimensionar a culpabilidade respectivamente ao grau de intensidade de reprovação penal¹⁴⁶.

Alguns autores¹⁴⁷ preferem o juízo de culpabilidade como resultado da avaliação das demais circunstâncias judiciais e não um critério isolado de reprovação, ou melhor, conforme vão sendo desfavoráveis os antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos do crime e comportamento da vítima, maior será a culpabilidade do autor. Sem, contudo desassociar a intensidade do dolo ou grau de culpa (*strictu sensu*) ao universo do próprio agente. Como exemplifica José Antônio Paganella BOSCHI, censura-se mais veementemente o homicida que comete o crime depois de longo e frio planejamento (dolo direto), do que aquele que o faz após injusta provocação (dolo de ímpeto)¹⁴⁸.

Nulas são as fundamentações que consideram os fatores essenciais da culpabilidade (fundamento da pena) – imputabilidade, consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa, como medida da pena. Cezar Roberto

¹⁴⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado...*, p. 14.

¹⁴⁵ FERREIRA, Gilberto. *Op. cit.*, p. 77.

¹⁴⁶ COLLE, Juliana de Andrade. Critérios para a Valoração das Circunstâncias Judiciais (art. 59, do CP) na Dosimetria da pena (II). *O Estado do Paraná*, Curitiba, 31 jul.2003. p. 11.

¹⁴⁷ Gilberto FERREIRA e Guilherme de Souza NUCCI.

¹⁴⁸ BOSCHI, José Antônio Paganella. *Op. cit.*, p. 189.

BITENCOURT traz alguns exemplos¹⁴⁹: “a agente agiu com culpabilidade, pois tinha consciência da ilicitude do que fazia”, óbvio, caso contrário não seria crime; “o autor agiu de forma livre e consciente”, se assim não o fosse, inexistiria o dolo.

Igualmente inaceitáveis são as motivações sentenciasais em que se atribuem à culpabilidade fatores que constituem ou qualifiquem o crime, ou que correspondam à agravante ou causa especial de aumento, afrontando o princípio da dupla valoração (*bis in idem*). Como acontece, por exemplo, no crime de peculato¹⁵⁰, ser aquilatada a culpabilidade em grau máximo por se tratar de funcionário público e deste se esperar conduta diversa. O fato de ser funcionário público constitui uma elementar do tipo, sendo vedado ao Magistrado reportar-se novamente a ela, como circunstância judicial.

Juliana de Andrade COLLE recomenda uma interpretação cuidadosa da circunstância, haja vista que nem sempre é de rápida percepção seu preenchimento no tipo penal em questão. No crime de abuso de incapazes, não se pode aumentar o grau de culpabilidade devido a alienação ou debilidade mental da vítima, sendo o agente pessoa com maior discernimento de se esperar atitude mais louvável, pois o favorecimento de maior experiência em detrimento da incapacidade, faz parte das elementares do tipo, não passíveis de nova aferição.

2.6.2 Antecedentes

No tocante aos antecedentes criminais, muita controvérsia tem despontado entre os juristas e perplexidade diante de julgados avessos ao Princípio Constitucional da presunção de inocência.

Algumas questões precisam ser enfrentadas ao redor de tão valiosa ferramenta que vem sendo manipulada indiscriminadamente no cotidiano forense, despojada de qualquer técnica ou desprendimento daqueles que trabalham com o Direito Penal.

Preliminarmente, é mister precisar o significado do vocábulo ‘antecedente’ – referindo-se a todos acontecimentos (bons ou maus) da vida do condenado, pretéritos ao crime praticado. Advindo daí um efeito imediato e lógico, de que os

¹⁴⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado...*, p. 553.

¹⁵⁰ Art. 312. Apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio:” (Código Penal Brasileiro.)

fatos conseqüentes, ou seja, praticados após o delito em tese, não podem ser tidos como 'antecedentes'. Outra observação de extrema importância, é que esses fatos precedentes devem ser ilícitos, isto quer dizer que registros passíveis de desprestígio ou desmoralizadores, mas não contrários à ordem jurídica, não podem ser abarcados nesta etapa.¹⁵¹ Não impedidos, porém, de na seqüência, serem auferidos, como conduta social ou personalidade do agente, abordados em tópicos específicos, logo adiante.

Não se pode confundir, ainda, 'antecedentes criminais' com 'reincidência', enquanto esta é uma agravante obrigatória prevista no art. 63 do CP, e empregada sempre que o agente tenha em seu currículo uma condenação criminal irrecorrível, seja no Brasil ou no estrangeiro; aqueles constituem um dos itens a majorar o grau de censurabilidade do apenado, sugerindo pena-base acima do mínimo. Como de fácil percepção, ambos acarretam *bis in idem* ou dupla punição fática, pois ao crime anterior já foi destinada uma carga sancionatória e outra será operada no segundo.

Para Aduino Alonso SUANNES, esta metodologia é eticamente censurável e totalmente incongruente com o axioma da criminologia contemporânea, que não mais reconhece na pena propósitos educacionais ou ressocializadores, mas tão-somente aquilo que, na prática, ela realmente é: uma retribuição por aquilo que se fez¹⁵². Acreditam que se a penalidade imposta não conseguiu dissuadir seu destinatário do retorno à delinqüência, mostrou-se insuficiente, devendo agora ser contrabalançada.

Concluiu-se desde logo que havendo, nos autos, notícia de precedentes delituosos reputados ao réu, outras indagações deverão ser atendidas, a partir de um raciocínio didático capaz de diagnosticar as hipóteses de reincidência, antecedentes ou nenhuma delas, com a nota de que o mesmo fato jamais poderá servir concomitantemente como circunstância judicial e agravante:

1º) Os crimes foram cometidos antes da maioridade penal?

Sim, então não se enquadram em reincidência, tampouco aos antecedentes, porque os menores de dezoito anos são inimputáveis, ou melhor não sujeitos a culpa por suas condutas, mesmo que ilícitas e antijurídicas, não perfazendo o delito e conseqüentemente não alusivas ao mundo jurídico.

¹⁵¹ COLLE, Juliana de Andrade. Critérios para a Valoração das Circunstâncias Judiciais (art. 59, do CP) na Dosimetria da pena (II). **O Estado do Paraná**, Curitiba, 8 ago.2003. p. 11.

¹⁵² SUANNES, Aduino Alonso S. Maus Antecedentes e Elevação da Pena. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v.9, n.34, p.285-301, abr./jun. 2001. p. 298.

2º) Foi consumado um crime ou uma contravenção penal?

Em se tratando das contravenções penais, estas não geram reincidência, pois o art. 63 reporta-se exclusivamente à 'novo crime' e contravenção não é crime e sim uma espécie de infração penal (gênero). Entretanto, podem ser cotadas como antecedentes.

3º) Sendo crime, é militar próprio ou político?

O crime militar pode ser próprio ou impróprio. Próprio, são aqueles previstos no Código Penal Militar nos quais o sujeito ativo é um militar, como por exemplo: deserção, abandono de posto, insubordinação etc. E impróprio, ocorre quando o bem jurídico ofendido é o patrimônio ou a administração militar, independentemente da qualidade do autor¹⁵³. São elencados tanto no Código Penal Militar como também no Código Penal e em leis extravagantes.

"O crime político é o ato punível caracterizado pela ofensa ou ameaça à ordem jurídica vigente numa nação, pondo em risco a segurança externa ou interna das instituições políticas"¹⁵⁴. Não se confunde com crime funcional¹⁵⁵, de regra são as condutas constantes na Lei de Segurança Nacional (Lei 7170 de 1983).

Os crimes políticos e militares próprios são excetuados da reincidência por determinação expressa no art. 64, II do CP e segundo Juliana de Andrade COLLE, não por acidente, mas por reprimirem condutas administrativas ou por motivação diversa do criminoso comum¹⁵⁶, não havendo comprometimento com a política criminológica de prevenção. O militar que desertou não lesou ninguém, a não ser a disciplina da corporação ou a 'entidade' militar, não revelando conduta danosa aos bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal, diferente daquele que provocou um incêndio no quartel, depredando o patrimônio militar, portanto crime militar impróprio é passível de reincidência ou antecedente.

Com base teleológica idêntica, os crimes militares próprios e políticos não ensejarão maus antecedentes já que demonstram atitudes contrárias a bens jurídicos alheios ao interesse penal.

¹⁵³ FERREIRA, Gilberto. Op. cit., p. 109.

¹⁵⁴ DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 947.

¹⁵⁵ "É o perpetrado por pessoa que, investida de função pública, no exercício do cargo, viola o prestígio, o decoro, a incolumidade e a regularidade funcional da Administração Pública." (Ibid., p. 942)

¹⁵⁶ COLLE, Juliana de Andrade. Critérios para a Valoração das Circunstâncias Judiciais (art. 59, do CP) na Dosimetria da pena (II). Op. cit., p. 11.

Não sendo militar próprio, nem político e exercido por agente capaz, será investigada a situação processual do réu:

4º) O precedente cuida-se de inquérito policial instaurado, mas que não resultou em apresentação de denúncia ou queixa?

Quando o Juiz recebe uma denúncia ou queixa inaugura uma relação processual e para isso são pressupostos imprescindíveis: Tipicidade aparente¹⁵⁷; Punibilidade concreta¹⁵⁸; Legitimidade das partes¹⁵⁹ (correspondente ao tipo de ação: ação penal pública – Ministério Público; ação privada – ofendido ou representante legal e ação personalíssima – apenas o ofendido), e; Justa causa que comporta prova da materialidade (elemento objetivo) e indícios de autoria (elemento subjetivo). Se o processo não foi instaurado desmerece qualquer interesse do juízo, limitando-se a uma notícia não confirmada. Ou mesmo que tenha iniciada a prestação jurisdicional, esta terminou em absolvição, nada produzindo negativamente ao acusado.

Não podem ser meras acusações contra o réu, tidas como maus antecedentes, pois o art. 5º, LVII, da CF consagrou o princípio de presunção de inocência ao afirmar que: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”¹⁶⁰.

O mesmo entendimento é manifestado pelo insigne Ministro do Supremo Tribunal Federal, Celso de MELLO, *in verbis*:

A submissão de uma pessoa a meros inquéritos policiais, ou a 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 de pena. Tolerar-se o contrário implicaria admitir grave lesão ao princípio constitucional consagrador da presunção de não-culpabilidade dos réus ou dos indiciados.¹⁶¹

5º) Trata-se de processo (denúncia oferecida e acatada) sobrevivendo decisão não-condenatória definitiva (independentemente do fundamento – art. 386 do CPP)?

Sim, o processado é dado como inocente e com obviedade, mantida a primariedade sem nenhum arranhão ao seu histórico podendo advir deste evento.

¹⁵⁷ “Art. 43, I - o fato narrado evidentemente não constituir crime;” (Código de Processo Penal.)

¹⁵⁸ “Art. 43, II - já estiver extinta a punibilidade, pela prescrição ou outra causa;” (Id.)

¹⁵⁹ “Art. 43, III - for manifesta a ilegitimidade da parte ou ...” (Id.)

¹⁶⁰ VIANNA, Túlio Lima. Op. cit., p. 55.

¹⁶¹ RHC nº. 80071/RS.

O perdão judicial concedido via sentença declaratória, não é considerado para a reincidência, diz o art. 120 do Código Penal e de acordo com a súmula 18 do STJ “extingue a punibilidade, não substituindo qualquer efeito condenatório.”, por consequência não abrangendo os antecedentes criminais.

Gilberto FERREIRA não acredita em ofensa à Constituição quando se considera como antecedentes aqueles oriundos de processos que ainda não transitaram em julgado. Defende ser suficiente para apurar a sua propensão à delinqüência, independentemente de ser ele culpado ou não. E acrescenta, ser motivo de agravamento da reprimenda o mero envolvimento em outros crimes, ainda que não julgado definitivamente ou mesmo inocentado por um dos motivos do art. 386 do CPP, sinalizando a conveniência do ajuizamento de uma ação revisional para corrigir eventual impropriedade.¹⁶²

Este posicionamento seria até aceitável se presentes reiterados registros policiais na *vita anteacta* do réu que, inexoravelmente reforçam um desvio de comportamento, não obstante terem sido todos terminantemente apreciados¹⁶³. Contudo, estes indícios fortes são informadores de personalidade delituosa ou conduta social inadequada, mas nunca de culpa antecipada.

Quanto à possibilidade da ação de revisão criminal, não se pode esquecer do dispêndio a ser impetrado pelo lesado, para desfazer uma injustiça. Pois, na maioria das vezes, são indivíduos pobres, desprovidos de bons patrocinadores de sua causa e lançados à loteria dos projetos de assistência jurídica gratuita, para reclamar um erro que poderia ser evitado e não lhe compete.

6º) A decisão condenatória definitiva foi prolatada depois dos fatos que estão sendo apreciados pelo atual sentenciante?

Sim, não geram maus antecedentes e nem mesmo reincidência, pois tanto para uma, quanto para outra, são atinentes apenas os episódios anteriores ao julgamento em tela e não supervenientes.

7º) A decisão transitou em julgado depois dos fatos que estão sendo apreciados pelo atual sentenciante?

¹⁶² FERREIRA, Gilberto. Op. cit., p. 77.

¹⁶³ Observação do Ministro do STF Paulo BROSSARD, no HC 70871: “O exame dos antecedentes e da personalidade do paciente autoriza, sem ofensa a critério legal, a denegação do *sursis* (...) Não se pode admitir que a presunção de inocência atue como uma barreira impeditiva do exame de circunstâncias indispensáveis à individualização da pena, que também tem assento na Constituição, art. 5º, XLVI.”

Sim, a sentença condenatória adquiriu a qualidade de imutabilidade posteriormente ao segundo crime, ainda que anterior a seu julgamento. Assim, na data do julgamento do segundo crime já havia sentença penal condenatória transitada em julgado contra o réu, porém não se configura reincidência, pois o segundo crime foi praticado antes do trânsito em julgado. Neste caso poder-se-á falar em maus antecedentes.¹⁶⁴ Túlio Lima VIANNA esquematiza, cronologicamente:

Crime 1 – Julgamento 1 – Crime 2 – Julgamento 2 → Reincidência
 Crime 1 – Crime 2 – Julgamento 1 – Julgamento 2 → Antecedentes

8º) O crime é de menor potencial ofensivo (pena inferior a 2 anos), regulado pela Lei 9099/95 dos Juizados Especiais Criminais?

A inovação legal destina às infrações penais de menor complexidade, um tratamento diferenciado, pautado nos princípios primordiais dos Juizados Especiais, como a celeridade, informalidade, oralidade e economia processual. Introduce nova perspectiva para solução de conflitos incluindo a possibilidade de um acordo entre o noticiante (ofendido) e o noticiado (autor), obtido em uma audiência prévia de conciliação. Esse acordo é homologado pelo Juiz encerrando a demanda judicial, sem instaurar processo algum.

Caso não haja a conciliação, o Ministério Público deverá (direito público subjetivo)¹⁶⁵ propor, antes da apresentação da denúncia, a transação penal¹⁶⁶, ou

¹⁶⁴ VIANNA, Túlio Lima. Op. cit., p. 55.

¹⁶⁵ “desde que o autor do fato não tenha sido condenado pela prática de crime à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva, que não tenha sido beneficiado, nos últimos cinco anos, com aplicação de pena não privativa de liberdade, de acordo com a Lei 9099/95, e, finalmente, indicarem seus antecedentes, conduta social, personalidade, motivos e circunstâncias do fato que a proposta é medida suficiente.” (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Op. cit., p. 687).

¹⁶⁶ “Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta. § 1º. Nas hipóteses de ser a pena de multa a única aplicável, o Juiz poderá reduzi-la até a metade. § 2º. Não se admitirá a proposta se ficar comprovado: I - ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva; II - ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, nos termos deste artigo; III - não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida. § 3º. Aceita a proposta pelo autor da infração e seu defensor, será submetida à apreciação do Juiz. § 4º. Acolhendo a proposta do Ministério Público aceita pelo autor da infração, o Juiz aplicará a pena restritiva de direitos ou multa, que não importará em reincidência, sendo registrada apenas para impedir novamente o mesmo benefício no prazo de cinco anos. § 5º. Da sentença prevista no parágrafo anterior caberá a apelação referida no artigo 82 desta Lei. § 6º. A imposição da sanção de que trata o § 4º deste artigo não constará de certidão de antecedentes criminais, salvo para os fins previstos no mesmo dispositivo, e

seja, a aplicação imediata de pena não privativa de liberdade (prestação de serviços à comunidade, prestação pecuniária, perda de bens e valores, interdição temporária de direitos e limitação de fim de semana), que aceita pelo noticiado¹⁶⁷, impede a abertura de processo criminal. Conseqüentemente, essa notícia crime não gera reincidência, não consta das certidões de antecedentes criminais, nem se constitui em título executório para atuar no cível. Fica, entretanto, registrado na ficha do noticiado a concessão do benefício, para que o impossibilite de transacionar novamente durante o período de cinco anos.

Não sendo acolhida a transação penal, o promotor oferecerá a denúncia ao Juiz, juntamente com a possibilidade de suspensão condicional do processo¹⁶⁸ pelo período de dois a quatro anos, sob algumas condições impostas ao noticiado, que, do mesmo modo, respeitadas, extinguirá a punibilidade quando completados o prazo de suspensão, encerrando o processo criminal.

Logo não há que se falar em antecedentes criminais decorrentes de acordos conciliatórios, transações penais, que nem mesmo resultou na instauração de processo penal ou suspensão condicional do processo, em que houve a abertura do processo, mas foi suspenso e posteriormente extinto sem julgamento do mérito. Tanto que não são admitidos os termos 'acusado', 'indiciado' ou 'processado' para referir-se ao autor do pequeno delito, nesse ambiente jurisdicional.

9º) O crime anterior não prescreveu para efeito de reincidência?

não terá efeitos civis, cabendo aos interessados propor ação cabível no juízo cível." (Lei 9099 de 1995.)

¹⁶⁷ "O descumprimento do acordado quanto à restrição de direito implicará sua conversão em multa, ante a impossibilidade de sua conversão em pena privativa de liberdade, visto não ter sido prevista para a transação." (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Op. cit., p. 686)

¹⁶⁸ Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena. § 1º. Aceita a proposta pelo acusado e seu defensor, na presença do Juiz, este, recebendo a denúncia, poderá suspender o processo, submetendo o acusado a período de prova, sob as seguintes condições: I - reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo; II - proibição de frequentar determinados lugares; III - proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do Juiz; IV - comparecimento pessoal e obrigatório a Juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades. § 2º. O Juiz poderá especificar outras condições a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado. § 3º. A suspensão será revogada se, no curso do prazo, o beneficiário vier a ser processado por outro crime ou não efetuar, sem motivo justificado, a reparação do dano. § 4º. A suspensão poderá ser revogada se o acusado vier a ser processado, no curso do prazo, por contravenção, ou descumprir qualquer outra condição imposta. § 5º. Expirado o prazo sem revogação, o Juiz declarará extinta a punibilidade. § 6º. Não correrá a prescrição durante o prazo de suspensão do processo. § 7º. Se o acusado não aceitar a proposta prevista neste artigo, o processo prosseguirá em seus ulteriores termos. (Lei 9099 de 1995.)

A reincidência não atinge os delitos pretéritos “se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a cinco anos”¹⁶⁹. Embora distintamente da reincidência, não estarem os antecedentes “temporalmente delimitados em lei”¹⁷⁰, José Antônio Paganella BOSCHI advoga a favor da similitude lógica, devendo propiciar após o decurso quinquenal a recuperação da primariedade e dos bons antecedentes¹⁷¹.

Concordando com o nobre jurista, jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, representada pelo voto do eminente Ministro Relator Hamilton CARVALHIDO, que sintetiza: “Crimes anteriores, cuja punibilidade foi alcançada pela prescrição da pretensão punitiva, não podem, à luz da presunção de inocência, ser invocados como maus antecedentes no estabelecimento da pena-base, por desconstituída a condenação ela mesma.”¹⁷²

E ainda o Ministro Felix FISCHER em brilhante esclarecimento:

Esta Corte Superior tem entendido que, por analogia ao que dispõe o art. 748¹⁷³ do Código de Processo Penal, que assegura ao reabilitado o sigilo das condenações criminais anteriores na sua folha de antecedentes, devem ser excluídos dos terminais dos Institutos de Identificação Criminal dos dados relativos a inquéritos arquivados e a processos em que tenha ocorrido a reabilitação do condenado, a absolvição do acusado por sentença penal transitada em julgado, ou tenha sido reconhecida a extinção de punibilidade do acusado pela prescrição da pretensão punitiva do Estado, de modo a preservar a intimidade do mesmo¹⁷⁴.

Para a douta maioria que contempla como antecedentes criminais os inquéritos policiais instaurados e os processos penais em andamento estará admitindo um cenário teratológico com os condenados perdoados, enquanto os inocentados por crime anterior, serem eternamente reputados os maus antecedentes¹⁷⁵.

10º) Há certidão comprobatória da condenação?

É imperativo que tanto a reincidência como os antecedentes sejam comprovados com certidão emitida pelo escrivão judicial devidamente assinada e

¹⁶⁹ Art. 64 do Código Penal Brasileiro.

¹⁷⁰ BOSCHI, José Antônio Paganella. Op. cit., p. 200.

¹⁷¹ Ibid., p. 200-201.

¹⁷² RESP/STJ 303068/SP, 6ª Turma, DJU 22.09.2003, p. 395.

¹⁷³ “A condenação ou condenações anteriores não serão mencionadas na folha de antecedentes do reabilitado, nem em certidão extraída dos livros do juízo, salvo quando requisitadas por Juiz criminal.” (Código de Processo Penal Brasileiro.)

¹⁷⁴ ROMS/STJ 16202/SP – DJU 12.08.2003, p. 246.

¹⁷⁵ SUANNES, Adauto Alonso S. Op. cit., p. 299.

especificando as datas da condenação e trânsito em julgado e, por ventura, da extinção de punibilidade¹⁷⁶, sob pena de nulidade, haja vista que todas as decisões, inclusive dosimétricas devem ser baseadas em provas. Inconcebíveis, no entanto, os chavões comumente encontrados nas sentenças judiciais: “o réu é portador de maus antecedentes”; “o paciente demonstra alto grau de periculosidade”; “aos seus antecedentes que são péssimos” etc.

Após a eliminação de algumas hipóteses de incidência de antecedentes criminais, restam apenas duas situações em que são passíveis de aplicação da circunstância judicial: as condenações anteriores por contravenção penal e as condenações transitadas em julgado após a segunda conduta¹⁷⁷.

Peremptoriamente, cumpre destacar que a incidência repetitiva das transgressões opera como dado significativo a ser levado em conta no cálculo dosimétrico para graduação dos antecedentes: Quanto maior o número de condenações, maior, nitidamente, haverá de ser a reprovação¹⁷⁸.

2.6.3 Conduta Social

Entende-se por conduta social o *modus vivendi* do acusado dentro do contexto em que está inserido, vale dizer, que o julgador deve estar atento às condições que envolvem o cotidiano desse indivíduo, que em muitas vezes, nem mesmo pode ser denominado cidadão – senhor de deveres e direitos mínimos como: registro de nascimento, alfabetização, saúde, moradia, referência familiar, alimentação entre outras necessidades básicas.

Impossível esperar de alguém aquilo que não é capaz de dar, não porque assim deseje, mas por simples falta de aptidão, acesso ou conhecimento. Uma criança nascida em ambiente hostil, insalubre e miserável, desguarnecido de educação mínima, fé, afeto e moralidade, jamais internalizará, compondo seu intelecto, sentimentos de solidariedade, compaixão, disciplina ou experiências que não vivenciou.

Para Guilherme de Souza NUCCI, não há como ignorar, sob esse prisma, uma censurabilidade voltada aos fatos da vida e não simplesmente ao delito

¹⁷⁶ VIANNA, Túlio Lima. Op. cit., p. 56.

¹⁷⁷ COLLE, Juliana de Andrade. Critérios para a Valoração das Circunstâncias Judiciais (art. 59, do CP) na Dosimetria da pena (II). Op. cit., p. 11.

¹⁷⁸ BOSCHI, José Antônio Paganella. Op. cit., p. 201.

praticado. A indesejável 'culpabilidade do autor', tão criticada pelos penalistas, que não deve ceder à do 'fato', no momento de análise da culpabilidade como elemento do crime, no entanto, deve ser mensurada para a fixação da pena¹⁷⁹. É a oportunidade de prevalecer uma história de bem viver, em detrimento a um currículo recheado de brigas, arruaças, agressões, vadiagem, omissões e individualismos. Ruy Rosado de AGUIAR JÚNIOR assegura que tal rastreamento propiciará a distinção entre crime episódico e propensão para o mal¹⁸⁰.

Recai, então, sobre o magistrado a árdua incumbência de captar dos autos informações acuradas sobre o comportamento do réu como filho, estudante, pai, marido ou vizinho que diante às adversidades ou responsabilidades posto à prova. Neste sentido, segundo já mencionado anteriormente, foi introduzido no Código de Processo Penal, através da edição da Lei 10792/03, o interrogatório atinente à pessoa do acusado, além do questionamento sobre o fato delituoso¹⁸¹. Essas informações são estritamente valiosas no momento da individualização da pena, aproximando o mundo jurídico da realidade.

Todavia, José Antônio Paganella BOSCHI estende à conduta social preocupação já externalizada no estudo dos antecedentes criminais e a violação do princípio da não-culpabilidade até sentença irrecurável, mas aqui, inexplicavelmente, aceita com presteza pela jurisprudência dominante¹⁸². Entretanto, como podem ser certificados como conduta social censurável, acontecimentos fáticos inseridos no processo mediante depoimentos testemunhais não comprovados, quando repudiam os antecedentes criminais advindos de inquéritos policiais ou processos em andamento? O peso dado as duas circunstâncias são equivalentes, não adiantando recusar-se um evento como antecedentes desabonadores e aceitá-lo como conduta social inadequada, se mantido o fundamento da não admissibilidade por ofensa aos princípios constitucionais.

Enriquecendo a discussão, Túlio Lima VIANNA frisa que tanto a conduta social quanto a personalidade do agente, somente poderão ser analisadas com a

¹⁷⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. Op. cit., p. 202.

¹⁸⁰ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Op. cit., p. 36.

¹⁸¹ "Art. 187. O interrogatório será constituído de duas partes: sobre a pessoa do acusado e sobre os fatos. § 1º Na primeira parte o interrogando será perguntado sobre a residência, meios de vida ou profissão, oportunidades sociais, lugar onde exerce a sua atividade, vida pregressa, notadamente se foi preso ou processado alguma vez e, em caso afirmativo, qual o juízo do processo, se houve suspensão condicional ou condenação, qual a pena imposta, se a cumpriu e outros dados familiares e sociais." (Código de Processo Penal Brasileiro.)

¹⁸² BOSCHI, José Antônio Paganella. Op. cit., p. 200.

intenção de diminuir a pena do réu, pois o seu exame para acrescer a sanção agride frontalmente o princípio constitucional da legalidade e do devido processo legal¹⁸³.

Quanto ao princípio da legalidade¹⁸⁴, este garante que condutas não proibidas previamente por lei não podem, sob qualquer pretexto, ser revertidas em pena, assim como são vedadas as punições decorrentes do caráter do autor. Enquanto o princípio do devido processo legal é afrontado na medida em que não é oportunizada, para o acusado, a defesa dos fatos atípicos que poderão ensejar aumento de pena, e tão-somente da infração constante na peça acusatória. Sendo o paciente acusado por furto de um carro, será sobre este fato materializada a tese defensiva e não das supostas inalações sobre ser ele um pai negligente ou um trabalhador relapso ou um vizinho encrênqueiro.

Eugênio Raul ZAFFARONI é ainda mais contundente quando diz que “a culpabilidade pela conduta de vida é o mais claro expediente para burlar a vigência absoluta do princípio da reserva (grifos do autor) e estender a culpabilidade em função de uma *actio immoral in causa*, por meio da qual se pode chegar a reprovar os atos mais íntimos do indivíduo. Poucos conceitos podem ser mais destrutivos para uma sã concepção do direito penal”¹⁸⁵.

As alterações trazidas pela Lei 10792/03, posteriores a essas argumentações doutrinárias, propõem equilibrar a relação processual, já que garantem a intervenção do advogado durante o interrogatório, inclusive oferecendo um encontro prévio entre patrocinado e patrocinador, a fim de articularem melhor estratégia sobre o caso, questionar sobre testemunhas, a relevância dos acontecimentos pretéritos etc. O que era um meio de prova, passa a ser um instrumento de autodefesa e defesa técnica, além de ferramenta vital para o convencimento do Juiz que pode reutilizá-la sempre que achar necessário, elucidando qualquer dúvida.

O interrogatório é desmembrado em duas fases distintas: uma sobre a pessoa do acusado e outra sobre o fato. Feitas todas as perguntas necessárias pelo Juiz, este abrirá às partes, para se pronunciarem. Observadas tais informações, devem desde logo, o promotor e o advogado, providenciarem as testemunhas de

¹⁸³ VIANNA, Túlio Lima. Op. cit., p. 56.

¹⁸⁴ “Art. 5º, II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;” (Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.)

¹⁸⁵ ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. Op. cit., p. 610.

conduta¹⁸⁶, assim chamadas, por nada saberem sobre o delito e simplesmente atestarem a respeito do perfil comportamental do réu, a fim de contribuírem na produção de provas desabonadoras ou favoráveis ao acusado que serão utilizadas no arbitramento das circunstâncias judiciais do crime.

Certamente, estando todos os envolvidos no processo imbuídos na melhor prestação de seus serviços, resultará numa instrução processual mais substancial e determinadamente mais sólida a promover a ideal individualização da pena.

Cumpra-se salientar também que algumas situações não abarcadas pela circunstância judicial dos antecedentes, talvez possam inserir-se no conceito de conduta imprópria como, por exemplo, os crimes políticos e militares próprios, não como eventos esporádicos, mas conforme o aspecto preponderante da ação, revelar atitudes reiteradamente avessas à disciplina, subordinação, desrespeito aos valores caros à dignidade humana, às instituições democráticas, etc. Não há que se falar em lesão aos princípios constitucionais, haja vista se tratarem de condutas legalmente previstas, julgadas e irrecorríveis.

2.6.4 Personalidade do agente

Por personalidade Cezar Roberto BITENCOURT compreende ser “a síntese das qualidades morais e sociais do indivíduo”¹⁸⁷. É o quociente de uma equação complexa compreendida de inúmeras variáveis, umas íntimas, genéticas e outras exteriores à pessoa, espelhadas na estrutura familiar, escola, trabalho, comunidade em que se está arraigado. José Antônio Paganella BOSCHI, diz que o sujeito nasce com ela, mas paulatinamente, decorrente das experiências boas e más, enriquecedoras ou frustrantes podem, dinamicamente, modificá-la e torná-la única, singular¹⁸⁸.

De todas as circunstâncias judiciais, esta seguramente, é a de mais difícil análise pelo magistrado por inúmeras razões, dentre as quais, a sua falta de conhecimento de psicologia e psiquiatria, carência de tempo a decifrar o comportamento do acusado, processos maus instruídos, distanciamento entre julgador e a realidade fática, desembocando na insegurança do juízo, com

¹⁸⁶ Também denominadas “testemunhas de antecedentes” (NUCCI, Guilherme de Souza. Op. cit., p. 201), assim como “testemunhas abonatórias” (BOSCHI, José Antônio Paganella. Op. cit., p. 202)

¹⁸⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado...*, p. 555.

¹⁸⁸ BOSCHI, José Antônio Paganella. Op. cit., p. 204.

expressões genéricas do tipo “personalidade ajustada”, “desajustada”, “agressiva”, “impulsiva”, “perversa”, nada concludentes.

Como auxiliar da justiça, a polícia civil possui competência para, exclusivamente, proceder às diligências preliminares do inquérito policial, inaugurando a coleta de informações sobre a ocorrência e produzindo, sem dúvida, imediatas impressões sobre o indiciado. Embora as inquirições realizadas pelas autoridades policiais sejam refeitas em juízo, a polícia não só tem a posse da verdade sobre as notícias-crime em sua fase inicial, ao passo em que a investigação permanece como sendo sua atribuição privativa, como também depende dela parcela substancial do levantamento dos fatos que incriminam ou não um indivíduo.¹⁸⁹

Essa mecânica faz com que o Juiz fique alheio ao cenário real do crime, podendo pouco abstrair dos autos. Porém, vislumbra-se que a nova forma interrogatória tenda a estreitar esta distância, possibilitando algum contato entre processado e julgador. Restando às partes maior responsabilidade na instrução probatória em total vigilância às afirmações, muitas vezes, tendenciosas da fase inquisitorial.

Cezar Roberto BITENCOURT não vê problema na valoração dos injustos criminais praticados pelo réu durante a menoridade, que, segundo melhor entendimento exibido anteriormente, não podem ser arbitrados como maus antecedentes, sirvam, contudo, para rascunhar o perfil do agente, assim como outras infrações criminais praticadas depois do crime em julgamento, pois tudo isso constitui um banco de dados revelador de personalidade identificada com o crime, que não podem ser desdenhados.¹⁹⁰

No entanto, é preciso a ressaltar sempre, a inadmissibilidade da punibilidade pelo que o agente ‘é’ ou ‘pensa’ e sim pelo que ele ‘fez’, simplesmente pelo risco da ilegitimidade estatal, tão discutida nas teorias da pena, em tentar modificar os cidadãos, sacrificando o direito à diferença.¹⁹¹

Não menos importante é o perfeito equilíbrio entre o princípio da não-culpabilidade e da individualização da pena, os dois voltados à garantia do apenado. Túlio Lima VIANNA, já citado no estudo da conduta social, repudia veementemente

¹⁸⁹ LOCHE, Adriana; FERREIRA, Helder; SOUZA, Luís; IZUMINO, Wânia. **Sociologia Jurídica**. Porto Alegre: Síntese, 1999. p. 167-168.

¹⁹⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado...**, p. 555.

¹⁹¹ BOSCHI, José Antônio Paganella. *Op. cit.*, p. 208.

qualquer avaliação negativa afeta à personalidade do acusado, salvo em seu benefício¹⁹².

2.6.5 Motivos

A busca dos motivos impulsionadores de uma ação humana é de curial importância, ao passo que sendo aclarados, refletem instantaneamente o grau de censurabilidade da conduta. Como é cediço não há nenhum movimento sem um fim estabelecido, salvo os gestos reflexos ou hipnóticos que dispensam o elemento volitivo, simplesmente ocorrem. Quando um homicídio é cometido, por trás dele certamente existe uma história, mesmo que cruel, sórdida, mesquinha, pequena, “constituem a fonte propulsora da vontade criminosa.”¹⁹³

Guilherme de Souza NUCCI, em feliz construção comparativa distingue o dolo ou culpa, dos motivos. O dolo é vontade consciente e, portanto psíquica de realizar a conduta típica, enquanto a culpa, de desenvolver comportamento arriscado, avesso ao dever de cuidado e passível de gerar um resultado danoso involuntário, embora previsível, que podia e devia ter sido evitado. “Ambos, dolo e culpa, são os motivos em preto e branco, enquanto a razão de ser, a causa, o fundamento e a finalidade do crime constituem o motivo colorido, em seus vários matizes psíquicos, próprios da riqueza de pensamentos do ser humano”¹⁹⁴.

Os motivos aparecem no Código Penal em diferentes contornos, sejam como qualificadoras, causas legais de agravação ou atenuantes genéricas. Figurando como qualificadoras, os motivos atuam reenquadrando o Juiz diante de novos índices projetados no tipo derivado e, desse modo, por já terem cumprido o seu papel, não podem tornar a ser invocado com o intuito de exacerbar a sanção-base. São motivos que qualificam o crime: a futilidade, torpeza, paga ou promessa de recompensa.

Quando estiverem previstos como agravantes ou majorantes do crime, objeto do julgamento, os motivos não integrarão a análise do art. 59 porque tais circunstâncias têm valor e peso próprios e são de incidência obrigatória nas fases

¹⁹² VIANNA, Túlio Lima. Op. cit., p. 56.

¹⁹³ PRADO, Luiz Regis; BITENCOURT, César Roberto. **Código Penal Anotado e Legislação Complementar**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 227.

¹⁹⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. Op. cit., p. 220-221.

seguintes da metodologia trifásica. São eles: motivo fútil ou torpe, para facilitar ou assegurar a execução, ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime.

A mesma lógica da dupla valoração norteia o magistrado quando os motivos aparecerem em concreto como atenuantes ou causas especiais de redução da pena¹⁹⁵.

A adequação dos motivos, assim como acontecerá com as circunstâncias do crime, em sentido estrito, dentro do arbitramento discricionário do Juiz se dará unicamente em sentido subsidiário, ou seja, quando impossível o seu ajuste inicialmente como qualificadora, o qual alterará o ponto de partida da penalidade. Nem tão pouco como agravantes/minorantes ou causas de aumento/diminuição.

Inconcebíveis para efeito de consideração do Juiz, a motivação coincidente à própria definição típica, bastante usual em sentenças condenatórias, como: “o lucro fácil”, nos crimes contra o patrimônio; “satisfação da lascívia”, nos crimes contra os costumes; “para fim libidinoso”, no crime de rapto; e muitos outros absurdos.

2.6.6 Circunstâncias do crime

Não se identificam com as circunstâncias legais enumeradas da Parte Geral do CP, mas sucedem do próprio fato delituoso, tais como forma e natureza da ação delituosa, os meios e armas empregados, tempo, lugar, *modus operandi* etc.

O legislador destinou à discricionariedade o fechamento das diversas modalidades de crime, sem para isso prescrever taxativamente todas elas, num exercício exaustivo e dificilmente conclusivo.

Com maior abstração conceitual, as circunstâncias judiciais podem assumir, subsidiariamente, o papel das outras categorias, como exemplificado por Geraldo Dutra de ANDRADE NETO, em seu artigo sobre agravante genérica.

Por exemplo, no furto duplamente qualificado, com emprego de chave falsa (art. 155, §4º, III do CP) e com destruição ou rompimento de obstáculo (art. 155, §4º, I do CP). Quando presentes duas qualificadoras, o recomendável é que uma delas qualifique o delito e outra seja considerada como agravante genérica, quando prevista. No caso, nenhuma delas se encaixa no elenco das agravantes genéricas dos arts. 61 e 62 do CP. Logo, a pena partirá do patamar do furto qualificado (2 a 8

¹⁹⁵ BOSCHI, José Antônio Paganella. Op. cit., p. 211.

anos), pelo emprego de chave falsa e a segunda, destruição ou rompimento de obstáculo, não elencada no rol de agravantes genéricas, é amoldada como circunstância judicial, recrudescendo a pena-base¹⁹⁶.

Esclarece Gilberto FERREIRA que as circunstâncias a que se refere o art. 59 são justamente aquelas que não receberam valoração mais graduada, nem foram elevadas à categoria de circunstâncias legais, causas especiais de aumento e de diminuição e qualificadoras. Isto significa dizer que as demais excluem esta, devendo o Juiz apreciá-las somente quando não for possível considerar as outras¹⁹⁷.

O Juiz, ao reconhecer uma agravante genérica não expressamente presumida em diploma legal, aumentando o *quantum* punitivo, infringe o princípio da estrita legalidade, sujeitando o apenado ao constrangimento ilegal, passível de correção por meios impugnativos¹⁹⁸. Ao contrário, utilizando-se da margem discricionária legalmente a ele delegada, pode ajustar a situação concretamente na moldura do art. 59. Assim já decidiu o Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Gilson DIPP: “Reconhecidas duas qualificadoras, não há ilegalidade na consideração de uma para qualificar o tipo e, de outra, como circunstância negativa – como agravante, quando prevista, ou como circunstância judicial, residualmente.”¹⁹⁹

2.6.7 Conseqüências do crime

Normalmente confundida com a conseqüência natural tipificadora do ilícito consumado, faz com que obviedades sejam utilizadas para exacerbar a pena. São muito comuns os clichês: “as conseqüências foram gravíssimas, porque ceifou uma vida”; “as lesões o incapacitaram para o trabalho”; “as lesões foram graves pois provocou o aborto da gestante”, nos quais se estes não fossem os resultados destituíam o tipo penal básico ou a forma qualificada.

Acertadas, no entanto, são aquelas que percebem maior censurabilidade ao delito, quando este acarreta, além do sentimento normal e conseqüente da perda, já trazido pelo próprio tipo penal, um mal maior. Designam, nas palavras de Juarez

¹⁹⁶ ANDRADE NETO, Geraldo Dutra. A Agravante Genérica. O Estado do Paraná, Curitiba, 27 ago.2004. p. 2.

¹⁹⁷ FERREIRA, Gilberto. Op. cit., p. 92.

¹⁹⁸ ANDRADE NETO, Geraldo Dutra. Op. cit., p. 2.

¹⁹⁹ HC 13708, DJU 11.06.2001.

Cirino do SANTOS, outros efeitos de natureza pessoal, afetiva, moral, social, econômica ou política produzidos pelo crime: a situação de penúria do ofendido em crimes patrimoniais, o sofrimento material e moral da vítima ou de seus descendentes em crimes violentos, a extensão social dos danos etc²⁰⁰.

São exemplos disso as alegações: “a vítima era arrimo de família, responsável pelo sustento dos filhos menores”; “o aborto provocado a tornou estéril”, “devido ao estupro, perdeu a fala”. O que importa avaliar, como exemplificado, é o grau de danosidade oriundo do injusto penal ou, nas palavras do mestre Cezar Roberto BITENCOURT, “a maior ou menor alarma social provocado, isto é, a maior ou menor irradiação de resultados são necessariamente típicos, do crime”.²⁰¹

Juarez Cirino dos SANTOS lembra que o “princípio da culpabilidade exige previsão ou, pelo menos, previsibilidade do autor, para considerar as consequências extra-típicas do fato na medida da pena, em outras palavras, a atribuição por imprudência constitui condição mínima de inclusão de consequências extra-típicas na medida de pena.”²⁰²

2.6.8 Comportamento da Vítima

Ao inverso das demais circunstâncias, esta última, quando presente, atenua a carga punitiva do réu, pois evidencia que de alguma forma, a vítima contribuiu para a conduta criminosa, não que isto isente o acusado de culpa, mas sem dúvida nenhuma, diminui a reprimenda na medida que divide a responsabilidade por seu ato com a vítima.

Estudos de vitimologia demonstram que, muitas vezes, as vítimas interferem decisivamente na consecução do crime. Esses comportamentos são, não raro, verdadeiros fatores criminógenos, que não justificam o delito, mas o incentivam. É o que acontece nos furtos de ocasião, ou seja, aquele cidadão que deixa o carro aberto, com a chave na ignição, enquanto vai comprar cigarros está favorecendo a atitude criminosa²⁰³.

²⁰⁰ SANTOS, Juarez Cirino. **Teoria da Pena: Fundamentos Políticos e Aplicação Judicial**. Curitiba: ICPC; Lúmen Juris, 2005. p. 115.

²⁰¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado...**, p. 557.

²⁰² SANTOS, Juarez Cirino. Op. cit., p. 115-116.

²⁰³ COLLE, Juliana de Andrade. Critérios para a Valoração das Circunstâncias Judiciais (art. 59, do CP) na Dosimetria da pena (IX). **O Estado do Paraná**, Curitiba, 19 set.2003. p.11.

Nos crimes contra os costumes, Túlio Lima VIANNA alerta quanto a impossibilidade de atribuir a moça que traja roupas mais ousadas, como fator estimulador ao delito. Entretanto, difere completamente daquela que aceita o convite para acompanhar seu algoz até o motel e lá chegando desiste do programa. Inevitavelmente, esta atitude ajudou a desencadear o estupro.²⁰⁴

Como instigante a provocação daquele colega que diariamente xinga o outro de covarde e este o adverte do seu desconforto, pedindo que não repita, num ato contínuo. Até o dia que cansa e mostra sua valentia, com um golpe fatal²⁰⁵. Logicamente, estará configurada a participação da vítima, atenuando a sanção-base.

Há, ainda, a situação da agressão física, injusta, atual ou iminente, que transfere toda a censura da conduta à vítima, afiançando o agente de reação proporcional e contrária, requisitos da legítima defesa e, portanto não criminosa.

²⁰⁴ VIANNA, Túlio Lima. Op. cit., p. 57.

²⁰⁵ A testemunha, em Juízo, contou que "...quando a vítima falou para ele "o Machado viado vem aqui para nós conversar", sendo que era o costume do falecido fazer esse tipo de brincadeira com todas as pessoas, inclusive com o declarante e até com pessoas mais velhas que o declarante" Depoimento de outra testemunha: "...que o réu atravessou a rua, chegou perto do falecido uns 02 metros e meio, sacou de uma pistola e deu um tiro que acertou na barriga da vítima; que o réu fez isto sem falar nada e sem haver qualquer discussão com a vítima; que depois de ter dado o tiro, o réu falou para a vítima "isso é para você aprender a respeitar um homem" e sai caminhando; que a vítima estava sentada quando recebeu o tiro" (TJ/PR- RSE 164102-5.)

3 CIRCUNSTÂNCIAS LEGAIS AGRAVANTES

Este trabalho de monografia visa apresentar as circunstâncias do crime previstas pela lei de modo expositivo e didático, imprimindo maior cuidado e vagar naquelas que suscitam polêmica entre os exegetas do direito penal e divergências jurisprudências a demonstrar que sua aplicação continua acarretando algumas dúvidas e até incoerências com o sistema punitivo.

3.1 QUAIS SÃO?

As circunstâncias legais, previstas na parte geral do Código Penal, constituem especificidades do fato delituoso e possuem duas características fundamentais: são genéricas a todos os fatos puníveis e obrigatórias, ou seja, quando verificadas concretamente devem agravar ou atenuar a pena-base, salvo se constituem, qualificam ou privilegiam o tipo de injusto (tipos derivados)²⁰⁶.

Devem respeitar os limites definidos em abstrato para o tipo incriminador, não podendo ultrapassá-los. Infringir a pena máxima seria ferir a legalidade estrita, todavia o mínimo, beneficiando o réu, parece inviável, segundo doutrina majoritária. Mas essa discussão será retomada na sequência, em subtítulo próprio.

As circunstâncias legais agravantes são elencadas taxativamente no Código Penal, como adverte o princípio da legalidade dos crimes e das penas²⁰⁷, a impedir que o juiz as considere aleatoriamente.

Estão previstas nos artigos 61: I - reincidência; II – as decorrentes de fato de ter o agente cometido o crime: a) por motivo fútil ou torpe; b) para facilitar ou assegurar a execução, ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime; c) à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação, ou outro recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido; d) com emprego de veneno, fogo, explosivo; tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que podia resultar perigo comum; e) contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge; f) com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade; g) com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão;

²⁰⁶ SANTOS, Juarez Cirino. **Direito Penal:...**, p. 567.

²⁰⁷ Art. 1º. Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal. (Código Penal Brasileiro) e Art. 5º, XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal; (Constituição da República Federativa do Brasil de 1988)

h) contra criança, maior de 60 anos, enfermo ou mulher grávida; i) quando o ofendido estava sob a imediata proteção da autoridade; j) em ocasião de incêndio, naufrágio, inundação ou qualquer calamidade pública, ou de desgracia particular do ofendido; e, l) em estado de embriaguez preordenada.

Esse inciso descreve os motivos, meios, modos e fins do crime. Permite-se a interpretação analógica (e não a analogia ²⁰⁸) para preencher os tipos exemplificativos elencados na lei, com outras situações semelhantes. Como prevê o conceito aberto da letra 'j', "qualquer calamidade pública", pode ser, por extensão, uma infinidade de tragédias, seja natural (terremoto, inundação, temporal) ou pessoal (grave acidente de carro, morte de familiar). Cabível quando ao invés de socorrer o motorista preso nas ferragens, furta seus bens e deixa o local sem prestar assistência alguma.

Mesmo entendimento deve-se dar nas letras 'c', "outro recurso" e 'd', "outro meio".

No artigo 62 do Código Penal, apresentam-se as circunstâncias relacionadas ao concurso de pessoas: I – promove, ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes; II – coage ou induz outrem à execução material do crime; III – instiga ou determina a cometer o crime alguém sujeito à sua autoridade ou não-punível em virtude de condição ou qualidade pessoal; e IV – executa o crime, ou nele participa, mediante paga ou promessa de recompensa.

3.2 A REINCIDÊNCIA

Von LISZT destacou em seu Programa de Marburgo que "os reincidentes constituem a maioria dos delinquentes, e os irrecuperáveis, a maioria dos reincidentes" ²⁰⁹, renegando o instituto à ineficácia, assim como os programas chamados "da ideologia re": ressocialização, reeducação, reinserção, repersonalização, reindividualização, reincorporação.

Distintamente das demais agravantes, a reincidência não se enquadra nas circunstâncias que decorrem do conteúdo ou magnitude do injusto do delito (como é o caso do crime cometido "para facilitar ou assegurar a ocultação, a impunidade ou

²⁰⁸ inconciliável com o princípio da legalidade dos crimes e das penas que informa o sistema de direito positivo, salvo quando *in bonam partem*.

²⁰⁹ VON LISZT, Franz apud BOSCHI, José Antônio Paganella. Op. cit., p. 247.

vantagem de outro crime”; ou “à traição, de emboscada o mediante dissimulação, ou outro recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido; e outras”. Trata-se de situações nas quais o injusto perpetrado é maior, mais grave pela vulnerabilidade do bem jurídico.

Não se insere, ao mesmo tempo, no segundo grupo de circunstâncias que evidenciam maior grau de culpabilidade do delito, sendo baseadas na motivação do agente (“motivo fútil ou torpe”, “executa o crime, ou nele participa, mediante paga ou promessa de recompensa”; “estado de embriaguez preordenada”).

A reincidência configura, em sua essência, apenas um “prognóstico de periculosidade”, no molde do determinismo Lambrosiano. Inaceitável pela ciência jurídica entender por presunção o que é ficção, no momento em que a periculosidade, na hipótese de se poder valorá-la, forma um juízo fático, e, por conseguinte, jamais de presunção absoluta (*juris et de jure*), sob pena de se admitir a presença de um fato que não existe.²¹⁰

3.2.1 Conceito

O Código Penal não traz um conceito de reincidência, mas tão-somente determina as condições em que se configura, “quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior”. Das quais pode-se, desde logo, excluir a sentença condenatória por contravenção penal.

No artigo seguinte²¹¹, é eliminado o caráter perpétuo da reincidência instituído pelo Código de 1940, estabelecendo-se que “não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a cinco anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação”. Entretanto, passando a ser computado como antecedentes criminais, uma das oito circunstâncias judiciais do crime a majorar a pena-base, aí sim perpetuamente.

Ficam de fora, ainda, os crimes militares próprios e os políticos. O crime militar pode ser próprio ou impróprio. Próprio, são aqueles previstos no Código Penal Militar nos quais o sujeito ativo é um militar, como por exemplo: deserção, abandono

²¹⁰ ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. Op. cit., p. 839.

²¹¹ 64 do Código Penal alterado pela Lei 6.416, de 24 de maio de 1977.

de posto, insubordinação etc. E impróprio, ocorre quando o bem jurídico ofendido é o patrimônio ou a administração militar, independentemente da qualidade do autor²¹². São elencados tanto no Código Penal Militar como também no Código Penal e em leis extravagantes.

“O crime político é o ato punível caracterizado pela ofensa ou ameaça à ordem jurídica vigente numa nação, pondo em risco a segurança externa ou interna das instituições políticas”²¹³. Não se confunde com crime funcional²¹⁴, de regra são as condutas constantes na Lei de Segurança Nacional (Lei 7.170 de 1983).

Os crimes políticos e militares próprios são excetuados da reincidência por determinação expressa no art. 64, II do CP e segundo Juliana de Andrade COLLE, não por acidente, mas por reprimirem condutas administrativas ou por motivação diversa do criminoso comum²¹⁵, não havendo comprometimento com a política criminológica de prevenção. O militar que desertou não lesou ninguém, a não ser a disciplina da corporação ou a ‘entidade’ militar, não revelando conduta danosa aos bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal, diferente daquele que provocou um incêndio no quartel, depredando o patrimônio militar, portanto crime militar impróprio, passível de reincidência ou antecedente.

Com base teleológica idêntica, os crimes militares próprios e políticos não ensejarão maus antecedentes já que demonstram atitudes contrárias a bens jurídicos alheios ao interesse penal.

Com relação à pena pecuniária entende-se não gerar reincidência pela inteligência do art. 95 do Código Penal que trata da reabilitação: “A reabilitação será revogada, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, se o reabilitado for condenado, como reincidente, por decisão definitiva, a pena que **não seja de multa.**” (grifos nossos). Porém a Lei 9099/95, no art. 76 impede que o Ministério Público, em ação penal pública incondicionada, ofereça a transação penal aos reincidentes, ainda que à pena de multa.

Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério

²¹² FERREIRA, Gilberto. Op. cit., p. 109.

²¹³ DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 947.

²¹⁴ “É o perpetrado por pessoa que, investida de função pública, no exercício do cargo, viola o prestígio, o decoro, a incolumidade e a regularidade funcional da Administração Pública.” (Ibid., p. 942)

²¹⁵ COLLE, Juliana de Andrade. Critérios para a Valoração das Circunstâncias Judiciais (art. 59, do CP) na Dosimetria da pena (II). O Estado do Paraná, Curitiba, 31 jul.2003, p. 11.

Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.

§ 2º. Não se admitirá a proposta se ficar comprovado:

I - ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva;

II - ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, nos termos deste artigo;

Importante ressaltar que o mesmo fato jamais poderá incidir em antecedentes e reincidência concomitantemente, por ofensa ao princípio *no bis in idem*, ou seja se o crime anterior não atende aos critérios da agravante de reincidência, podem residualmente corresponder à circunstância judicial de antecedentes criminais, mas jamais os dois:

65022644 – FURTO – FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL – ANTECEDENTES – POSSIBILIDADE – DUPLA REINCIDÊNCIA NA FIXAÇÃO DA SENTENÇA – ALEGAÇÃO DE BIS IN IDEM – RECONHECIMENTO NA PENA-BASE – AFASTAMENTO PARA MANTÊ-LA COMO CAUSA AGRAVANTE GENÉRICA DO ART. 61, INC. I, DO CP – REDUÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – RÉU REINCIDENTE EM CRIME DOLOSO – Se as circunstâncias judiciais são, em sua maioria, consideradas como desfavoráveis, a exemplo os antecedentes, justificado resta o aumento da pena-base acima do mínimo legal. A consideração, na sentença a quo, da reincidência como forma de aumento da pena-base em conjunto com os antecedentes e a sua repetição como agravante do art. 61, inc. I, do CP, redundam em manifesto *bis in idem*, razão pela qual se afasta a aplicação na pena-base e mantém-se na agravante genérica. Dosimetria mantida em todos os seus termos. (TJRO – ACr 100.501.2005.000169-3 – C.Crim. – Relª Juíza Conv. Sandra Maria Nascimento de Souza – J. 19.01.2006)

Situação distinta do condenado que, em seu histórico criminal, responde por mais de um crime, sendo um deles nos moldes da reincidência e outro como antecedentes, sendo a ele arbitradas as duas formas de gravame, como por exemplo:

16279335 – RECURSO ESPECIAL – PENAL – CRIME DE ROUBO QUALIFICADO – DOSIMETRIA DA PENA – RÉU PORTADOR DE DUAS CONDENAÇÕES TRANSITADAS EM JULGADO – MAUS ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA – POSSIBILIDADE DE VALORAÇÃO – ELEMENTOS GERADORES DISTINTOS – VIOLAÇÃO AO ART. 61, INCISO I, DO CP, CONFIGURADA – MAJORAÇÃO – NECESSIDADE – PRECEDENTES DO STJ – 1. Condenações diversas, transitadas em julgado, singularmente apreciadas, podem ser levadas em consideração, pelo julgador, para efeito de maus antecedentes e de reincidência, desde que, como in casu ocorre, sejam distintos os elementos geradores. O que não se admite é a valoração, em momentos diversos, durante a fixação da pena, de um mesmo fato. 2. Restando comprovado, no momento da dosimetria da pena, a reincidência, a sanção corporal deverá ser sempre agravada, sob pena de violação ao comando contido no art. 61,

inciso I, do Código Penal. 3. Precedentes do STJ. 4. Recurso provido para, reformado o acórdão recorrido, restabelecer a sentença penal condenatória. (STJ – RESP 200500492110 – (736345 RS) – 5ª T. – Relª Min. Laurita Vaz – DJU 19.12.2005 – p. 00465) JCP.61 JCP.61.I

3.2.2 Espécies

Existem três espécies de reincidência: a real, ou verdadeira, que decorre do fato de o agente ter cometido novo crime após ter cumprido a pena correspondente ao crime anterior; a ficta, em que o novo crime é cometido após o trânsito em julgado da decisão condenatória, mas antes do cumprimento da pena do crime anterior; e a incompleta, quando o novo crime é cometido antes do trânsito em julgado da decisão relativa ao crime anterior.

Classifica-se ainda a reincidência em genérica e específica: a primeira ocorre quando os dois crimes praticados são de natureza distinta e a última quando de igual natureza, ou seja, previstos no mesmo dispositivo ou possuidores de semelhantes características.²¹⁶

Suficientes para agravar a carga sancionatória são as formas genérica e ficta, acarretando “vários efeitos agravantes, tais como os de impedir alguns benefícios, e o de exigir mais condições para a concessão de outros.”²¹⁷

Quanto à reincidência internacional decorrente de sentença condenatória estrangeira, a legislação não prevê qualquer requisito para que gere a reincidência. Nem mesmo sua homologação. Contudo, Eugenio Raúl ZAFFARONI, faz algumas ponderações interessantes a respeito do tema, como por exemplo, a necessidade da condenação anterior estar fundada num fato típico também no Brasil; a sentença condenatória ser proveniente de um país que admita a reincidência,²¹⁸ e respeite o devido processo legal²¹⁹.

3.2.3 Fundamento

Com absoluta certeza, a reincidência é a circunstância legal agravante que mais atormenta os defensores de uma finalidade ressocializadora da pena, pois o

²¹⁶ FERREIRA, Gilberto. Op. cit., p. 108.

²¹⁷ ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. Op. cit., p. 838.

²¹⁸ A Colômbia, por exemplo, não admite a reincidência.

²¹⁹ ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. Op. cit., p. 842-843.

aprisionamento, nos moldes oferecidos pelo sistema penitenciário brasileiro, não cumpre definitivamente qualquer função, a não ser de mera retribuição pelo mal causado à sociedade.

A prisão, na verdade, não representa nenhuma intenção de ressocialização do apenado e sim reafirma o processo de seletividade do Direito Penal vigente, como afirma Juarez Cirino dos SANTOS:

o discurso crítico da teoria criminológica da pena define o Direito Penal como sistema dinâmico desigual em todos os níveis de suas funções: a) ao nível da definição de crimes constitui proteção seletiva de bens jurídicos representativos das necessidades e interesses das classes hegemônicas nas relações de produção/circulação econômica e de poder político das sociedades capitalistas; b) ao nível da aplicação de penas constitui estigmatização seletiva de indivíduos excluídos das relações de produção e de poder político da formação social; c) ao nível da execução penal constitui repressão seletiva de marginalizados sociais do mercado de trabalho e, portanto, de sujeitos sem utilidade real nas relações de produção/distribuição material – embora com utilidade simbólica no processo de reprodução das condições sociais desiguais e opressivas do capitalismo²²⁰.

Embora o fundamento oficial do instituto da reincidência seja a adoção de mais um “critério informador da periculosidade”²²¹ do condenado, assim como os antecedentes criminais, conduta social e personalidade, perquiridos na primeira fase da dosimetria da pena, notadamente reflete apenas especulação que traz a lume um direito penal de autor (em que é reprovada ao homem a sua personalidade, não pelo que fez e sim pelo que é)²²², tão repudiado pelos penalistas.

Para Amilton Bueno de CARVALHO e Salo de CARVALHO, “a natureza do instituto e a argumentação da maior penalização é fundada em tipos crimonológicos de autor e em teorias dogmáticas enamoradas pelas noções de periculosidade social e/ou patologia individual”, inaceitáveis sob o ponto de vista garantista.

Alguns autores defendem uma combinação de reprovação pela conduta de vida (culpabilidade de autor) e pelo fato (culpabilidade de ato), completamente descartada pelo jurista argentino porque, segundo o autor,

ou a ação é ao autor reprovada na circunstância concreta em que atuou, ou o sujeito é por ela reprovado como resultado de sua conduta de vida; mas qualquer pretensão de combinar ambas as reprovações não pode conduzir

²²⁰ SANTOS, Juarez Cirino. **Direito Penal:...**, p. 485.

²²¹ CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. Op. cit., p. 63.

²²² ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. Op. cit., p. 608.

a outro resultado senão o de cair na segunda, isto é, em uma culpabilidade de autor.²²³

A reincidência é justificada como imperiosa punição ao condenado que, por má formação, desvio de conduta, tendência ao crime, insiste em continuar violando a lei, como tradicionalmente se afirma, mas, isto sim, pode e deve ser compreendida, também, como a expressão final de processo perverso de estigmatização do homem pela prisão e da absoluta falta de políticas oficiais de amparo ao egresso, criadoras de novas oportunidades para a harmônica reintegração ao mundo livre pelo trabalho, pela edificação da moradia, pela reconstrução da família...²²⁴

Do mesmo modo que passaram os demais ramos do direito por uma profunda releitura de seus diplomas legais sob a égide da Constituição Federal, deve o direito penal compatibilizar seus institutos obscuros e arcaicos com os princípios do Estado Democrático de Direito e seus objetivos fundamentais:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
 I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;
 II – garantir o desenvolvimento nacional;
 III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
 IV – promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

A filtragem constitucional²²⁵ certamente se insurgirá contra a reincidência por contrariar princípios tão caros como: da proporcionalidade, da culpabilidade, da humanização da penas, *no bis in idem* e a conseqüente intangibilidade da coisa julgada, quando agrava a pena de novo crime baseado em delito anterior já sancionado, da dignidade da pessoa humana quando causa estigmatização nunca mais reparável ao reincidente.

Não se pode perder o foco do julgamento, que deve se dar exclusivamente quanto ao ato praticado, recorrendo-se a questões subjetivas simplesmente com o intuito de individualizar a pena conforme características específicas do autor, além de compreender o grau de reprovabilidade de sua conduta. Acrescenta Salo de CARVALHO que somente é possível estabelecer juízos isonômicos de

²²³ Ibid., p. 609.

²²⁴ BOSCHI, José Antonio Paganella. Op. cit., p. 251.

²²⁵ SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem constitucional**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999.

censurabilidade individual pelo ato delitivo, dentro de um contexto de atendimento satisfatório de seus direitos fundamentais pelo Estado²²⁶.

Conclui ZAFFARONI que “a reincidência decorre de um interesse estatal de classificar as pessoas em “disciplinadas” e “indisciplinadas”, e é óbvio não ser esta a função do direito penal garantidor”.

A doutrina atualmente se divide em dois grupos quando a questão é a reincidência: o primeiro encabeçado por Juarez Cirino dos SANTOS assevera que:

- a) se novo crime é cometido após a passagem do agente pelo sistema formal de controle social, com efetivo cumprimento da pena criminal, o processo de deformação e embrutecimento pessoal do sistema penitenciário deveria induzir o legislador a incluir a reincidência real entre as circunstâncias atenuantes, como produto específico da atuação deficiente e predatória do Estado sobre sujeitos criminalizados;
- b) se novo crime é cometido após simples formalidade do trânsito em julgado de condenação anterior, a reincidência ficta não indica qualquer presunção de periculosidade capaz de fundamentar circunstância agravante. Em conclusão, nenhuma das hipóteses de reincidência real ou ficta indica situação de rebeldia contra a ordem social garantida pelo Direito Penal: a reincidência real deveria ser circunstância atenuante e a reincidência ficta é, de fato, um indiferente penal²²⁷.

E o segundo representado por Eugenio Raúl ZAFFARONI vislumbra a possibilidade da abolição da agravante da reincidência e de todas as formas de maior gravidade punitiva calcada em práticas delituosas anteriores.

3.2.4 Certidão Cartorária

A agravante é comprovada mediante certidão cartorária²²⁸, com indicação expressa da data do trânsito em julgado da sentença condenatória anterior. Parece uma questão tranqüila, porém, na prática, constata-se mais uma vez, uma afronta ao princípio da isonomia a ser utilizado em desfavor daqueles desprovidos de “sorte”. Como é cediço, o Brasil não dispõe de um banco de dados integrado entre os

²²⁶ CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. Op. cit., p. 71.

²²⁷ SANTOS, Juarez Cirino. **Direito Penal**..., p. 570.

²²⁸ 200212 – TÓXICO – REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA – ART. 61, INCISO I, CÓDIGO PENAL – FOLHA DE ANTECEDENTES – SUFICIÊNCIA PARA A SUA COMPROVAÇÃO – RECURSO DA ACUSAÇÃO PROVIDO – RECURSO DO RÉU PARCIALMENTE PROVIDO – (...)5. A reincidência específica está devidamente comprovada nos autos por documento que possui fé pública e contém todas as informações necessárias à caracterização da circunstância agravante. (TRF 3ª R. – ACr 2002.03.99.016422-1 – MS – 5ª T. – Relª Desª Fed. Ramza Tartuce – DJU 10.12.2002) JCP.59 JCP.61 JCP.61.I JCP.68

Estados da Federação, assim como o Paraná também não conta com informações interligadas entre as suas comarcas. Logo, não há garantia alguma de que o agente primário realmente o seja.

É corriqueiro o acusado já ter cometido crimes em São José dos Pinhais e em Curitiba voltar a delinquir sem que haja qualquer comunicação de antecedentes, mesmo tratando-se de municípios tão próximos. E a partir do momento que são considerados reincidentes somente aqueles que os arquivos atestam, os demais são tratados de modo desigual.

O Estado quando cria uma sanção, um instituto ou qualquer procedimento deve assegurar-se de sua completa e eficaz aplicabilidade, inclusive disponibilizando aos destinatários e operadores destes, mecanismos de suporte, como por exemplo, uma base de dados de todos os infratores.

Várias situações como essa são comuns no Brasil: a construção de casas de albergado previstas para execução de pena em regime aberto; estabelecimentos de segurança máxima ou média; formas de fiscalização de penas restritivas de direito; e tantas outras soluções idealizadas pelo legislador ao editar uma lei que caem no vazio por falta de condições físicas, de pessoal capacitado e de instrumentalidade não alcançam a finalidade esperada.

Dois exemplos recentíssimos desse problema são as novas leis de tóxico²²⁹ e violência doméstica²³⁰, elaboradas as pressas, sem qualquer discussão pelo parlamento ou por juristas especializados no assunto, que dificultam sua correta aplicação.

Na maioria das vezes, são editadas sob enorme comoção social por um crime de grande repercussão na mídia, como aconteceu com a lei dos crimes hediondos decorrentes dos seqüestros dos empresários Medina e Diniz. Ou aumentando o rigor das punições, derivado do assassinato da atriz global Daniela Perez. São diplomas legais casuísticos, quando o ideal seria justamente o inverso, leis anteriores aos crimes prevendo a realidade 'sem emoções' lastreada de muita pesquisa técnica e científica.

²²⁹ Lei 11343 de 23 de agosto de 2006.

²³⁰ Lei 11340 de 7 de agosto de 2006 - Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências.

A lei nº 11.340, que dispõe sobre a violência doméstica, prevê no art. 14, que poderão ser criados os Juizados de Violência Doméstica e Familiar, *in verbis*:

Os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, órgãos da Justiça Ordinária com competência cível e criminal, **poderão ser criados** pela União, no Distrito Federal e nos Territórios, e pelos Estados, para o processo, o julgamento e a execução das causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher.

Contudo a lei entrou em vigor carente do aparato imprescindível para sua plena concretização e efetividade.

3.3 MOTIVO FÚTIL OU TORPE

O motivo do crime explica a razão aparente que impulsiona o agente. A conduta é, nas palavras de José Antonio Paganella BOSCHI, “essencialmente teleológica”²³¹, ou seja, destinada a uma finalidade.

Tem-se por fútil, o motivo que não justifica o crime por ser muito pequeno, desproporcional ou inexistente, pois aquele que comete um delito desprovido de motivo deve experimentar maior reprimenda daquele imbuído de um fim qualquer.

132084678 – PROCESSUAL PENAL – TRIBUNAL DO JÚRI – HOMICÍDIO – EXCLUSÃO DE QUALIFICADORA PELO DOUTO JUÍZO PRONUNCIANTE – MANUTENÇÃO – 1. A qualificadora constante do inciso II do § 2º do art. 121, do cp, não pode subsistir, haja vista que o motivo que levou o autor a possivelmente cometer o delito não foi fútil, insignificante, dada a discussão anterior que havia travado com a vítima, apesar de, sem sombra de dúvidas, ter sido injusto. 2. Recurso improvido. (TJDF – RSE 20040910059002 – 2ª T.Crim. – Rel. Des. Arnaldo Camanho de Assis – DJU 09.11.2005 – p. 45) JCP.121 JCP.121.2.II ²³²

Distinto, completamente, é o motivo torpe por ser abjeto, repulsivo, repugnante, vil e ignóbil, que causa revolta e perplexidade à sociedade. Inconfundíveis, portanto, as definições dos motivos fútil e torpe. Além de inaceitável

²³¹ BOSCHI, José Antonio Paganella. Op. cit., p. 252.

²³² Embora o julgado tendo o motivo fútil como qualificadora, subsiste o exemplo para demonstrar a configuração da futilidade do motivo.

a concomitância de ambos diante do mesmo caso concreto, por serem subjetivos e completamente antagônicos.

Parecendo tratar-se de conceitos estanques e bem determinados, na prática forense esta questão não é pacífica. São encontrados julgados contraditórios sobre o tema, como por exemplo, o crime motivado pelo ciúme, que para alguns configura o motivo fútil, mas para tantos outros não.

Tem-se como de fundamental referência que a motivação torpe e fútil é nominada como qualificadora e circunstância agravante no Código Penal, assim como os meios, modos e fins do delito. Destarte de idêntica conformação, são aplicadas primeiramente qualificando o crime e subsidiariamente aumentando a pena. Ou seja, só haverá acréscimo de pena em decorrência de agravante se houverem duas circunstâncias presentes. Uma transformando o delito simples para a forma derivada e conseqüentemente estabelecendo novos patamares mínimos e máximos da sanção punitiva. E a outra agravando a pena.

8000077 – RECURSO PENAL EM SENTIDO ESTRITO – MOTIVAÇÃO – LEGÍTIMA DEFESA PRÓPRIA E DE TERCEIRO – DESCLASSIFICAÇÃO DE HOMICÍDIO QUALIFICADO PARA SIMPLES – DÚVIDA QUANTO A EXCLUDENTE DE CULPABILIDADE – INOCORRÊNCIA DA QUALIFICADORA – Quanto a desclassificação do crime de homicídio qualificado (art. 121, § 2º, inciso II do CPB) para o de homicídio simples (art. 121, caput), como requer o Ministério Público em suas contra-razões, entendo, que realmente após a colheita das provas não ficou em momento algum demonstrada a qualificadora do inciso II, § 2º, do art. 121 (motivo fútil) do CPB. Recurso improvido. Unanimidade. (TJPA – RSE – Ac. 53.770 – 3ª C.Crim.Isol. – Rel. Des. Eronides Sousa Primo – J. 09.09.2004) JCP.121 JCP.121.2.II

Exemplificando: um agente comete o crime de homicídio por motivo fútil, utilizando-se de meio cruel. Logo, duas qualificadoras – motivo fútil e meio cruel. O motivo fútil será utilizado para desconfigurar o homicídio simples (pena de 6 a 20 anos), para o tipo qualificado (pena de 12 a 30 anos) e sobre este, ser aumentada a pena devido ao meio cruel, assumindo residualmente a qualidade de agravante.

1700103533 – PENAL E PROCESSUAL PENAL – TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO – JÚRI – APELO DEFENSIVO – Considerando a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis ao réu, bem como a coexistência de **duas qualificadoras reconhecidas pelos jurados**, não pode o apenamento ser fixado no mínimo legal. **Qualificadora do motivo fútil reconhecida como tal, enquanto o recurso que dificultou defesa da vítima resta reconhecido como circunstância agravante** (art. 61, II, c, do CP). (TJRS – ACr 70009282161 – 1ª C.Cív. – Relª Desª Elaine Maria Canto da Fonseca – J. 01.12.2004) JCPP.593 JCPP.593.D JCP.61

4 CIRCUNSTÂNCIAS LEGAIS ATENUANTES

4.1 QUAIS SÃO?

As circunstâncias legais genéricas atenuantes estão descritas nos artigos 65 e 66, do Código Penal. O primeiro artigo cuida das circunstâncias atenuantes nominadas e o segundo das atenuantes ditas inominadas, a contemplar particularidades do fato ou do autor não imaginadas pelo legislador. Igualmente às agravantes, as circunstâncias atenuantes são de aplicação obrigatória, por determinação legal.

A primeira atenuante genérica tem ligação com a idade do agente, pois se presta para atenuar a pena ser o agente menor de vinte e um anos, na data do fato, ou maior de setenta anos, na data da sentença. Corresponde ao rol de circunstâncias que apuram menor grau de culpabilidade do autor devido a sua maturidade, compreensão ou autonomia pessoal incompletas, como é da mesma maneira atenuada a pena o desconhecimento da lei, quando o crime é praticado sob coação a que podia resistir, ou em cumprimento de ordem de autoridade superior, ou sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima, sob influência de multidão em tumulto, se não o provocou.

A terceira circunstância legal atenuante diz respeito ao cometimento do crime por motivos de relevante valor social ou moral, que ao contrário das agravantes, aqui os motivos demonstram menor grau de reprovação da conduta, pois configuram uma explicação, ainda que não possa exculpar o agente.

Por critério de política criminal são estimulados comportamentos que quando praticados após a prática do delito diminuem a carga sancionatória, pela simples constatação de certo arrependimento do autor e a intenção de minorar os efeitos de sua infração: quando procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as conseqüências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano; confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime;

4.2 A CONFISSÃO ESPONTÂNEA

A atenuante da confissão espontânea recebe uma deferência da lei, pois faz com que o agente demonstre um juízo crítico sobre sua conduta e se responsabilize por ela. Fundamenta-se também na cooperação do acusado na solução do crime, resultando em investigações mais céleres e menos dispendiosas.

A Constituição Federal garante o direito consagrado do acusado de manter-se calado – direito ao silêncio²³³ – sendo defesa qualquer interpretação a seu desfavor²³⁴, preceito este acrescido pela Lei 10.792 de 2003 no parágrafo único do art. 186 do Código de Processo Penal: “O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa.”

No momento em que se dispõe a falar e admitir sua falta, abre-mão dessa prerrogativa a serviço do deslinde imediato do caso, devendo o Estado mitigar sua reprimenda na proporção dos esforços poupados e da brevidade da resposta jurisdicional.

Portanto, não se conforma com a atenuante quando o agente é preso em flagrante ou após lhe ter sido imputada autoria do delito:

O não reconhecimento da atenuante da confissão se mostra, na espécie, como providência justa, na medida em que as **circunstâncias e autoria do delito já estavam, de antemão, plenamente identificadas**. (Apelação Crime Nº 70009783879, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Laís Rogéria Alves Barbosa, Julgado em 01/12/2005)

Inobstante ser possível encontrar julgados em contrário, independentemente do estado de flagrância delituosa, a confissão comporta diminuição da pena, apesar de figurar, claramente, oposição à finalidade da lei:

116214726 – PROCESSUAL PENAL – HABEAS CORPUS – TRÁFICO DE DROGAS (MACONHA) – PRISÃO EM FLAGRANTE E CONFISSÃO PERANTE A AUTORIDADE POLICIAL – RETRATAÇÃO PARCIAL EM JUÍZO – CONDENAÇÃO COM SUPORTE NA REFERIDA CONFISSÃO – NÃO-APLICAÇÃO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA – ORDEM CONCEDIDA – 1. Conforme entendimento pacificado no âmbito deste Tribunal, aplica-se a atenuante prevista no art. 65, inc. III, letra “d”, do Código Penal, sempre que a confissão extrajudicial servir para dar suporte à

²³³ Art. 5º, LXIII - o preso será informado de **seus direitos**, entre os quais o de **permanecer calado**, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado. (Constituição da República Federativa do Brasil de 1988).

²³⁴ Art. 186. Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, **do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas**. (Código de Processo Penal Brasileiro)

condenação, mesmo que haja retratação em Juízo, **sendo irrelevante que diante do flagrante não tenha restado outra alternativa para o agente.** 2. Ordem concedida para reconhecer devida a aplicação, na hipótese, da atenuante da confissão espontânea. (STJ – HC 200401570155 – (39347) – MS – 5ª T. – Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima – DJU 01.07.2005 – p. 00576) JCP.65 JCP.65.III.D

Mister ressaltar, em tempo, que confissão voluntária não se confunde com confissão espontânea. A primeira é livremente praticada, sem qualquer coação, valendo como meio de prova, mas, rigorosamente, não ensejando o abrandamento da pena. Enquanto que a segunda é além de voluntária, calcada em decisão autônoma do autor, partindo de sua iniciativa, desacompanhada de qualquer motivação ou provocação. Ademais já haver julgados mais liberais a admitindo de qualquer modo, desprezando distinção entre elas ou a presença de voluntariedade:

1602082603 – PENAL – DESCAMINHO – ART. 334, § 1º, ALÍNEA C, DO CP – CONFISSÃO JUDICIAL – ESTADO DE NECESSIDADE – REDUÇÃO DA PENA – 1. Está configurado o delito de descaminho, na forma prevista no artigo 334, § 1º, alínea c, do CP, quando o acusado transporta, no exercício de atividade comercial, mercadorias que introduziu clandestinamente no país. 2. **A confissão judicial, quando em sintonia com os demais elementos de convicção trazidos ao processo, é válida e deve ser levada em conta pelo julgador tanto como fundamento para uma decisão condenatória como para fins de aplicação da atenuante do art. 65, III, alínea d, do Código Penal.** 3. Dificuldades financeiras não autorizam ninguém a dedicar-se à prática de contrabando e/ou descaminho. Tese de excludente de ilicitude rejeitada. 4. De acordo com a orientação adotada pela 4ª seção desta corte, é inaplicável o princípio da insignificância se o valor dos tributos iludidos ultrapassa R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais). (TRF 4ª R. – ACr 2001.71.02.001231-4 – 8ª T. – Rel. Des. Fed. Paulo Afonso Brum Vaz – DJU 29.03.2006 – p. 1.032) JCP.334 JCP.334.1.C JCP.65 JCP.65.III.D

A confissão espontânea da autoria do crime **pronunciada voluntariamente, ou não**, pelo réu, perante a autoridade pública, atua como circunstância que sempre atenua a pena, *ex vi* do que dispõe o art. 65, III, "d" do Código Penal, com a redação que lhe deu a Lei 7.209/84 (STF – HC 68.641-9 – Rel. Celso de Mello – DJU, de 5.6.92, p. 8429 – RT 690/390).

O reconhecimento da atenuante pode ser feito de ofício pelo juiz, ou seja, sem que tenha havido requerimento pela defesa, por ser a medida da pena questão de ordem pública.

1602082571 – PENAL – CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA – OMISSÃO NA PRESTAÇÃO DE DECLARAÇÕES AO FISCO – CONFISSÃO ESPONTÂNEA – Eventuais dificuldades financeiras enfrentadas por uma determinada empresa não a desobriga, na condição de contribuinte, do cumprimento de suas obrigações fiscais, tais como a apresentação das dcf's (declarações de tributos federais) e irpj (imposto de renda de pessoa jurídica). A injustificada omissão, aliada à ausência de

prova quanto à referida dificuldade de caixa, comprova que o intuito do administrador (acusado) era o de suprimir o pagamento de tributos. **É possível o reconhecimento, de ofício, da atenuante da confissão espontânea** (art. 65, III, 'd' do CP). (TRF 4ª R. – ACr 2002.71.00.053387-8 – 8ª T. – Rel. Des. Fed. Paulo Afonso Brum Vaz – DJU 29.03.2006 – p. 1.029) JCP.65 JCP.65.III.D

Inclusive em sede recursal, quando não computada pelo juiz monocrático, o tribunal pode prestigiá-la, sempre com o propósito de beneficiar o réu:

55004014 – PENAL E PROCESSUAL PENAL – ROUBO QUALIFICADO PELO USO DE ARMA E CONCURSO DE AGENTES – NEGATIVA DE AUTORIA – DEPOIMENTO DAS VÍTIMAS – CONFISSÃO – DOSIMETRIA PENAL – QUESTÃO DE ORDEM PÚBLICA – REDUÇÃO DA PENA – 1) a negativa de autoria em sede recursal constitui simples inconformismo do apelante, uma vez que o conjunto probatório, especialmente o depoimento da vítima e a confissão do réu, não deixam dúvida sobre a materialidade e autoria do crime de roubo qualificado – Assalto a mão armada e concurso de agentes (CP, art. 157, § 2º, I e II); 2) **mesmo o quantum da pena não ter sido impugnado, por ser questão de ordem pública deve ser revisto em sede recursal, máxime quando o magistrado de primeiro grau não observou em favor do agente as atenuantes da menoridade e da confissão** (CP, art. 65, I, III, 'd'); 3) provimento parcial do recurso. (TJAP – ACr 2.122/05 – Rel. Des. Luiz Carlos – 17.01.2006) JCP.157 JCP.157.2.I JCP.157.2.II JCP.65 JCP.65.I.D JCP.65.III.D

Outra questão pertinente é quanto à aplicação da minorante independentemente do autor ter confessado em fase inquisitorial ou judicial, ou ainda que o tenha feito durante o inquérito policial e posteriormente, diante do juiz, se retratou. Em todas as hipóteses é imperiosa a diminuição da pena, desde que a confissão tenha firmado definitivamente o convencimento do julgador ao proferir sua decisão.

116279521 – PENAL – HABEAS CORPUS – ART. 12, DA LEI Nº 6.368/76 – DOSIMETRIA DA PENA – FIXAÇÃO DA PENA-BASE – FUNDAMENTAÇÃO – GRANDE QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA – CONFISSÃO ESPONTÂNEA EXTRAJUDICIAL POSTERIORMENTE RETRATADA EM JUÍZO – INCIDÊNCIA COMO ATENUANTE – I - Para efeito de apreciação em sede de writ, a decisão condenatória reprochada está suficientemente fundamentada, uma vez que, não obstante tenha estabelecido a pena-base acima do mínimo legal, o fez motivadamente. In casu, a pequena exacerbação está motivada pela grande quantidade de substância entorpecente apreendida (precedentes do STJ e do STF). II - **Se a confissão na fase inquisitorial, posteriormente retratada em juízo, alicerçou o Decreto condenatório, é de ser reconhecido o benefício da atenuante do art. 65, III, alínea "d", do CP** (precedentes do STJ). Writ parcialmente concedido. (STJ – HC 200500962943 – (44809 MS) – 5ª T. – Rel. Min. Felix Fischer – DJU 19.12.2005 – p. 00453) JCP.65 JCP.65.III.D

A retratabilidade da confissão pelo réu é expressamente prevista em lei²³⁵ e pode ser feita a qualquer momento, parcial ou integralmente, pois “a admissão da culpa envolve direitos fundamentais, em que se inserem o devido processo penal, a ampla defesa e, até mesmo, o direito à liberdade²³⁶”.

1502087278 – PROCESSO PENAL – APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES – PEDIDO DE INCIDÊNCIA DA ATENUANTE DA CONFISSÃO – APELAÇÃO IMPROVIDA – Não incidência da atenuante prevista no artigo 65, inciso III, alínea “d”, do Código Penal porque a conduta do apelante **ao ser ouvido na polícia e em juízo denota que a sua confissão não foi integral, como alguém que efetivamente quer colaborar com a busca da verdade real.** Não pode ser considerada confissão a admissão no processo de fatos e a sua posterior alteração. Isto porque o benefício legal da diminuição da pena requer que o réu forneça ao juiz elementos seguros de como o crime efetivamente ocorreu para que este possa decidir com firmeza. 4. No caso concreto, ao contrário, o comportamento do apelante foi o de, **após a confissão na polícia na sequência de sua prisão em flagrante, se retratar parcialmente em juízo.** Apelação não provida. (TRF 3ª R. – ACR 2004.60.05.000953-2 – (22607) – 1ª T. – Rel. Des. Fed. Johonsom Di Salvo – DJU 07.02.2006 – p. 165) JCP.65 JCP.65.III.D

4.3 ATENUANTE INOMINADA

O legislador mediante a atenuante genérica²³⁷ do art. 66, *in verbis*, “a pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei”, oportuniza ao réu o apuro, em seu favor, de situações como: doença terminal superveniente à conduta, crime praticado por convicções religiosas ou em estado de absoluta miserabilidade, a plena recuperação do agente, a facilitação do trabalho da Justiça²³⁸, enumeradas por José Antonio Paganella BOSCHI.

É ainda considerada de modo tímido pelos hermeneutas, tanto pelos advogados que não pleiteiam sua aplicação quanto pelos magistrados que resistem ao seu acatamento. No entanto, verifica-se, principalmente no Rio Grande do Sul, tribunais de vanguarda no âmbito jurídico, a empregando em diferentes hipóteses:

²³⁵ Art. 200. A confissão será divisível e retratável, sem prejuízo do livre convencimento do juiz, fundado no exame das provas em conjunto. (Código de Processo Penal Brasileiro).

²³⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 434.

²³⁷ O DL não previa a figura da circunstância atenuante inominada. É inovação imposta pela Lei nº 7.209/84.

²³⁸ BOSCHI, José Antonio Paganella. Op. cit., p. 281.

O primeiro julgado exposto leva em conta como atenuante genérica o fato do acusado ser usuário de drogas:

ROUBO. AUTORIA INDIVIDUALIZADA. TENTATIVA. CONFIGURAÇÃO. AUSÊNCIA DE EXCLUSÃO DE CULPABILIDADE. ATENUANTE INOMINADA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA E MENORIDADE RELATIVA. POSSIBILIDADE DE DIMINUIÇÃO DA PENA-BASE AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL. Assumindo um dos réus a imputação e incriminando o outro, em juízo, tendo a vítima narrado os fatos com clareza e coerência com o conjunto probatório, legitimado, por sua vez, por outros testemunhos, a autoria mostra-se indubitável. Se os réus foram perseguidos, desde logo, após os gritos de socorro da vítima, abandonando a *res furtiva*, encontrada pouco depois por terceiro, no local do evento, sendo integralmente restituída à vítima, que não teve prejuízo, configura-se a tentativa. Não comprovada a embriaguez involuntária por substância de efeitos semelhantes ao do álcool, não está caracterizada a exclusão de culpabilidade prevista no art. 28, § 1º do CP. **O fato de um dos réus ser usuário de drogas, comprovando a realização de tratamento, em instituição especializada, deve favorecê-lo na fixação da pena, podendo configurar atenuante inominada, prevista no art. 66 do Código Penal. A atenuante pode levar a pena-base aquém do mínimo legal.** (Apelação Crime Nº 70004957189, Oitava Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Umberto Guaspari Sudbrack, Julgado em 26/02/2003)

O próximo privilegia a intenção do autor em minimizar os efeitos do delito e corretamente incentivado pela previsão legal, tem sua atitude reconhecida subtraindo-se a sanção punitiva:

APELAÇÃO. ESTELIONATO. PROVA. CONDENAÇÃO. Emissão de cheques pertencentes a empresa, de que sócio o agente, sem estar autorizado a firmá-los. Ciência, à data da emissão, de que a conta-corrente respectiva estava há muito encerrada. Dolo evidenciado. **O pagamento dos cheques, após o recebimento da denúncia, pode caracterizar, no máximo, atenuante inominada.** Apenamento. Apelo ministerial provido. (Apelação Crime Nº 70003427960, Oitava Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Tupinambá Pinto de Azevedo, Julgado em 11/02/2004)

Extraordinário é disponibilizar ao julgador instrumentos de calibragem fina, capazes de aferir a diversidade de perfis delinquentes e assim ajustar específica reprimenda. Cumpre-se, desse modo, o ideal do princípio individualizador²³⁹ da pena, em perfeita sintonia com o princípio constitucional da isonomia²⁴⁰, constante no

²³⁹ Art. 5º, 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; (Constituição da República Federativa do Brasil de 1988).

²⁴⁰ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, (...). (Id).

capítulo primeiro - Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos – da Constituição Federal de 1988.

É dever do Estado e direito do cidadão a mais breve prestação jurisdicional, segundo previsão constitucional²⁴¹, sendo plausível a responsabilização estatal por qualquer atraso, além do normal, da sentença judicial. Não é de se olvidar o prejuízo causado ao réu, tendo sua vida em compasso de espera até o julgamento final, impossibilitando-o de realizar projetos e assumir compromissos:

Penal. Estupro e Atentado violento ao pudor. Autoria e materialidade suficientemente comprovadas. Condenação confirmada. Redimensionamento da pena. **Atenuante inominada do artigo 66 do Código Penal caracterizada pelo longo e injustificado tempo de tramitação do processo (quase oito anos) associado ao não cometimento de novos delitos pelo apelante.** Hediondez afastada. Provimento parcial. Unânime. (Apelação Crime Nº 70007100902, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luís Gonzaga da Silva Moura, Julgado em 17/12/2003)

ROUBO MAJORADO. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. **ATENUANTE INOMINADA** e PENA AQUÉM DO MÍNIMO. MAJORANTE DO EMPREGO DE ARMA e NECESSIDADE DE PERÍCIA. - O reconhecimento judicializado do réu pelas vítimas, que narram com coerência e segurança a empreitada delituosa, é prova hábil à sustentação do veredicto condenatório. - **O excessivo retardo na imposição da sanção penal pode dar esteio à incidência da atenuante inominada do art. 66 do CP.** - As atenuantes, enquanto circunstâncias que sempre diminuem a pena (art. 65, caput, do CP), podem deixar a pena provisória aquém do mínimo legal. - A incidência da majorante do emprego de arma depende de perícia comprobatória de seu potencial lesivo, pois arma só é aquele objeto com poder ofensivo especial (por maioria). Deram parcial provimento ao apelo. (Apelação Crime Nº 70010735181, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Amilton Bueno de Carvalho, Julgado em 25/08/2005)

Advogam alguns doutrinadores que deverá ser salientada à categoria de atenuante genérica a posição de vulnerabilidade do acusado, seja esta econômica, social ou cultural. São circunstâncias facilmente constatáveis empiricamente, pelos operadores do direito, no decorrer do processo direcionando a culpabilidade a um juízo sobre o “ser” do autor na relação conduta-delito²⁴². Ou seja, é a verificação efetiva do poder de autodeterminação de abster-se do cometimento da ação criminosa.

²⁴¹ Art. 5º, LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. (Id).

²⁴² CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. Op. cit., p. 75.

Para Juarez Cirino do SANTOS, constituem outras características relevantes do fato, não previstas taxativamente pela lei, mas capazes de influenciar no juízo de reprovação quanto aos crimes realizados sob condições sociais adversas e por agentes excluídos de mercado de trabalho/consumo. Adverte, entretanto, serem estas circunstâncias “insuficientes para configurar o conflito de deveres como situação de exculpação”²⁴³, mas certamente podem atenuar a pena.

Trata-se da aplicação da igualdade substancial, reprovando os autores conforme lhe foram concedidos, satisfatoriamente, seus direitos fundamentais. É o Estado Social assumindo sua parcela de responsabilidade pela impossibilidade de “brindar a todos os homens com as mesmas oportunidades”²⁴⁴ e assim contribuir, de certo modo, com o desvio de sua conduta.

Nesse sentido o legislador, sensível aos indivíduos mais vulneráveis, editou leis que visam afirmar direitos constitucionalmente reconhecidos, como são: o Estatuto da Criança e Adolescente²⁴⁵, Estatuto do Idoso²⁴⁶, Lei de Proteção ao Deficiente²⁴⁷ e ainda as ações afirmativas. São atitudes que imprimem uma doutrina de proteção integral, minimizando a posição de inferioridade de algumas pessoas diante de outras mais favorecidas.

Eugênio Raul ZAFFARONI denomina de teoria da co-culpabilidade, a atenuação da pena punitiva de um infrator do ordenamento jurídico devido à carência de opções ou projetos que viabilizem uma vida longe da marginalidade – aqui no sentido de à margem – às necessidades básicas de um ser humano, como direitos de liberdade e direitos sociais, econômicos e culturais, a serem providos a todos os cidadãos.

FURTO EM RESIDÊNCIA. CONCURSO DE AGENTES. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. FATO TÍPICO. INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. Além da inexistência de resultado patrimonial, a ocorrência de crime bagatela exige análise acerca do desvalor da conduta do agente. A invasão da residência da vítima imprime desvalor à ação, tornando incabível a aplicação do princípio da insignificância. JUÍZO CONDENATÓRIO MANTIDO. INCIDÊNCIA DA ATENUANTE GENÉRICA PREVISTA NO ART. 66 DO CP. RÉU SEMI-ALFABETIZADO. INSTITUTO DA CO-CULPABILIDADE. REDUÇÃO DA

²⁴³ SANTOS, Juarez Cirino. **Direito Penal:...**, p. 586.

²⁴⁴ ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. Op. cit., p. 611.

²⁴⁵ Lei Nº 8.069, De 13 de Julho De 1990.

²⁴⁶ Lei Nº 10.741, De 1º de Outubro De 2003.

²⁴⁷ Lei Nº 7.853, De 24 de Outubro De 1989 que Dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência - CORDE, institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público, define crimes e dá outras providências

PENA. MULTA. ISENÇÃO DE PAGAMENTO. POSSIBILIDADE. PENA QUE TRANSCENDE DA PESSOA DO CONDENADO POBRE, ATINGINDO SEUS FAMILIARES. Apelação parcialmente provida. (Apelação Crime Nº 70013886742, Sexta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marco Antônio Bandeira Scapini, Julgado em 20/04/2006)

Guilherme de Souza NUCCI, discorda do jurista argentino por acreditar existir muitos co-culpáveis na rota do criminoso, vulgarizando a aplicação da atenuante, se todos respondessem por suas faltas para com o apenado. Ele prefere considerá-la somente na presença de causas determinantes e específicas do agente²⁴⁸.

50015197 – ENTORPECENTES – CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE GENÉRICA REDUÇÃO DA PENA COM BASE NO ART. 66 DO CÓDIGO PENAL – COCULPABILIDADE DO ESTADO – IMPOSSIBILIDADE – PENA EXACERBADACIRCUNSTÂNCIA QUE NÃO AUTORIZA A FIXAÇÃO DA PENA-BASE SUPERIOR AO MÍNIMO LEGAL – AUMENTO DE PENA PELA ASSOCIAÇÃO CARACTERIZADA – RECURSO IMPROVIDO – DIMINUIÇÃO DA PENA AUTORIZADA DE OFÍCIO – Cabe ao estado fomentar políticas sociais e econômicas que visem garantir aos cidadãos a preservação de seus direitos individuais. Porém, atribuir-lhe responsabilidade pela prática de crime pela falta de política social é inaceitável, visto que se assim fosse, o estado estaria fomentando a prática delitiva. A reprovação adequada da conduta errada é um dever do estado e tem como objetivo promover a perfeição do homem e o resgate de sua cidadania. As circunstâncias judiciais que interferem na fixação da pena-base devem ser consistentes, não sendo aceitável a presunção de que o transporte de substância entorpecentes em quantidade elevada, por si só, autoriza esta elevação, devendo, pois, ser reduzida a pena-base para o mínimo legal. (TJMT – ACr 2066/2003 – 1ª C.Crím. – Relª Desª Maria Aparecida Ribeiro – J. 20.05.2003) JCP.66

Porém, fica a dúvida, não seria responsabilidade do Estado, por exemplo, quando um adolescente pratica um ato infracional de roubo com o intuito de comprar drogas e, ao invés de receber um tratamento adequado de desintoxicação (ao qual na forma da lei – art.101, inciso VI, da Lei nº 8.069/90, e art.227, §3º, inciso VII, de nossa Carta Magna – o mesmo tem direito), é simplesmente a ele imposta, a título de medida sócio-educativa, a internação²⁴⁹, sem se preocupar em cumprir qualquer dos deveres impostos²⁵⁰ pelo Estatuto da Criança e do Adolescente?

²⁴⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. Op. cit., p. 283.

²⁴⁹ Art. 122. A medida de internação só poderá ser aplicada quando: I - tratar-se de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência a pessoa; II - por reiteração no cometimento de outras infrações graves; III - por descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta. § 1º. O prazo de internação na hipótese do inciso III deste artigo não poderá ser superior a três meses. § 2º. Em nenhuma hipótese será aplicada a internação, havendo outra medida adequada. (Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei 8.069/90.)

²⁵⁰ “Art. 119. Incumbe ao orientador, com apoio e a supervisão da autoridade competente, a realização dos seguintes encargos, entre outros: I – promover socialmente o adolescente s sua família, fornecendo-lhes orientação e inserindo-se, se necessário, em programa oficial ou comunitário

De acordo com a legislação vigente, certamente que sim. A partir do momento em que o Juiz aplica no caso concreto uma medida despropositada e completamente desvinculada da idéia de proteção integral²⁵¹, instituidora do Estatuto da Criança e do Adolescente, descumprindo frontalmente determinação legal de seus artigos 113 c/c 100 que dispõem textualmente: “Na aplicação das medidas levar-se-ão em conta as necessidades pedagógicas, preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários.”

Desta forma, o Estado-Juiz estaria desconsiderando uma necessidade pedagógica específica (e como dito acima, um direito) do adolescente, qual seja, o tratamento para drogadição, que foi a causa da prática do ato infracional.

O sistema sócio-educativo e as medidas destinadas a adolescentes autores de ato infracional, como ocorre com todas as demais disposições estatutárias, têm como objetivo precípua sua proteção integral, nos exatos termos do contido no enunciado do art. 1º, da Lei nº 8.069/90, estabelecendo um necessário diferencial em relação ao tratamento dispensado a imputáveis pela Lei Penal, à qual os adolescentes não estão sujeitos, *ex vi* do disposto no art. 228, da Constituição Federal.

A própria Constituição Federal, aliás, ao dispor sobre a proteção especial a que o adolescente tem direito, estabelece de maneira expressa, em seu art. 227, § 3º, inciso VII, que esta compreende: “Programas de prevenção e atendimento especializado à criança e ao adolescente dependente de entorpecentes e drogas afins.”

O Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece, outrossim, que ocorrendo um ato infracional praticado por adolescente²⁵², a autoridade judicial

de auxílio e assistência social; II – supervisionar a freqüência e o aproveitamento escolar do adolescente, promovendo, inclusive, sua matrícula; III – diligenciar no sentido da profissionalização do adolescente e de sua inserção no mercado de trabalho” (Id.)

²⁵¹ “Art. 4º. É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende: a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias; b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública; c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas; d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.” (Id.)

²⁵² A criança autora de ato infracional recebe um tratamento diferenciado em relação ao adolescente, estando sujeita apenas a medidas específicas de proteção, nos moldes do previsto no art. 105 estatutário: “Art. 105. Ao ato infracional praticado por criança corresponderão as medidas previstas no artigo 101.” (Id.)

poderá aplicar as seguintes medidas²⁵³: advertência, obrigação de reparar o dano, prestação de serviços à comunidade, liberdade assistida, inserção em regime de semiliberdade, internação em estabelecimento educacional ou qualquer uma das previstas no artigo 101, I a VI.

Pois bem, no inciso VI do artigo 101 tem-se: “inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos”²⁵⁴. No exemplo dado, estando o Magistrado ciente que a causa do roubo estava diretamente associada à dependência de substâncias tóxicas pelo acusado e das determinações constitucional e legal que priorizam os direitos do adolescente, inclusive sua saúde, jamais poderia imputar-lhe uma medida privativa de liberdade e sim um tratamento de desintoxicação, a cargo dos órgãos, programas e serviços públicos ligados ao setor de saúde, sob pena, inclusive, de responsabilidade.

Como visto, o tratamento para drogadição é um direito do adolescente e um dever expressamente imposto ao Estado (*latu sensu*), cuja negativa, na forma do art.5º estatutário, não pode ficar impune: “Art.5º. Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais.”

E para dar aplicabilidade aos comandos legais supra, o legislador estatutário previu ações de responsabilidade contra o administrador público que não criar estrutura de atendimento adequada às necessidades da população infanto-juvenil local, que no caso em questão seria o não oferecimento ou oferta irregular de tratamento para drogadição, conforme dispõe: “Art. 208. Regem-se pelas disposições desta Lei as ações de responsabilidade por ofensa aos direitos assegurados à criança e ao adolescente, referentes ao não oferecimento ou oferta irregular: VII - de acesso às ações e serviços de saúde.”

Assim, a ausência de estrutura no município onde reside o adolescente (ou na comarca) não pode ser invocada pelo Estado-Juiz para se aplicar outra medida

²⁵³ Art. 112 (Id.)

²⁵⁴ “132033198 – ECA – ADOLESCENTE – ATO INFRACIONAL – TRÁFICO DE ENTORPECENTE – ADEQUAÇÃO DA MEDIDA SÓCIO-EDUCATIVA APLICADA – Configurada a prática de ato infracional grave, definido no art. 12 da Lei antitóxicos, e considerando as condições pessoais do menor, revela-se adequada ao caso a medida sócio-educativa aplicada de semiliberdade, prevista no inc. V do art. 112 do ECA, cumulada com a protetiva do art. 101, inc. VI, do mesmo diploma legal, obedecidas as disposições do art. 120 e seus parágrafos, e, no que couber, as disposições atinentes ao regime de internação.” (TJDF – APE 20030130006530 – DF – 1ª T.Crim. – Rel. Des. Mario Machado – DJU 10.12.2003 – p. 71)

que não aquela que atenda suas necessidades específicas, que no exemplo fornecido, seria o tratamento para drogadição, proporcionado pelo Poder Público no contexto de uma política pública de saúde, que como nas demais áreas, deve priorizar a população infanto-juvenil (cf. art.4º, *caput* e parágrafo único, alíneas “b” e “c” c/c arts.87, inciso I e 101, inciso VI, da Lei nº 8.069/90 e art.227, *caput* e §3º, inciso VII, da Constituição Federal).

A legislação voltada ao atendimento do adolescente autor de ato infracional deve buscar soluções, em regra, preventivas sempre com o intuito de orientá-lo, educá-lo, tratá-lo e inseri-lo dignamente no seio de sua família e sociedade. A privação de liberdade, na forma da lei, é destinada apenas aos casos mais graves e excepcionais. De nada adianta aplicar uma medida qualquer, *pro forma*, sem se preocupar em efetivamente combater as causas do ato infracional praticado, o que tornaria impossível sua recuperação e resgate.

No entanto, uma atitude errada nesta fase de construção de sua personalidade pode trazer prejuízos irreparáveis e que, sem dúvida precisam ser debitados ao Estado²⁵⁵ ou seus representantes²⁵⁶.

Se considerarmos que o Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei nº 8.069/90, completou 15 (quinze) anos de efetiva vigência no dia 13 de outubro de 2005, e que boa parte da população carcerária no Brasil é composta de jovens entre 18 (dezoito) e 24 (vinte e quatro) anos, que portanto eram crianças quando do advento desta avançada – e mundialmente aplaudida – legislação, que lhes prometeu a proteção integral e impôs ao Estado (inclusive, como dito, ao Estado-Juiz), uma série de DEVERES que, JAMAIS, foram por este cumpridos, não há como deixar de reconhecer a OMISSÃO estatal, que como visto é expressamente REPUDIADA pela própria lei, para fins de atenuar a responsabilidade penal dos jovens-adultos acusados da prática de crimes (grifos nossos).

Inegável, portanto, que o acusado, agora adulto, que foi vítima de tamanha arbitrariedade estatal quando criança e adolescente, faz jus a esta atenuante até

²⁵⁵ Art. 208. Regem-se pelas disposições desta Lei as ações de responsabilidade por ofensa aos direitos assegurados à criança e ao adolescente, referentes ao não-oferecimento ou oferta irregular: VII - de acesso às ações e serviços de saúde; (Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei 8069/90)

²⁵⁶ “Art. 216. Transitada em julgado a sentença que impuser condenação ao Poder Público, o juiz determinará a remessa de peças à autoridade competente, para apuração da responsabilidade civil e administrativa do agente a que se atribua a ação ou omissão.” (Id).

mesmo como uma espécie de *mea culpa*, por parte daquele que poderia ter mudado o final desta história e negligentemente não o fez.

Para Salo de CARVALHO, “o princípio da culpabilidade (do ato) não pode ser absolutizado em torno da premissa do livre-arbítrio/autodeterminação”²⁵⁷ e sim sopesado, pelo magistrado, com as limitações encontradas no cotidiano das pessoas, desde que identificado uma relação razoável entre a omissão estatal e o fato danoso.

A legislação ambiental prevê no art. 14, *in verbis*: “São circunstâncias que atenuam a pena: I - baixo grau de instrução ou escolaridade do agente;”²⁵⁸, adequando o grau de culpabilidade do autor ao real nível de discernimento e capacidade de autodeterminação diante da norma proibitiva. Infelizmente o Brasil é um país de desigualdades sociais assombrosas e o judiciário não pode ignorá-las.

É imprescindível estender aos demais delitos do Código Penal e leis extravagantes, preceito de iniciativa do legislador preocupado como o meio ambiente, mas igualmente sensível à vulnerabilidade cultural dos destinatários da norma. Alicerçados pela analogia²⁵⁹ em benefício do réu (*in bonam parte*)²⁶⁰ e de aplicação autorizada expressamente pelo Decreto-lei 4657/42, Lei de Introdução ao Código Civil, art. 4º²⁶¹, sem embargo de cometer alguma ilegalidade. “É quase pacífica a orientação quanto ao emprego do argumento analógico em relação às normas penais não-incriminadoras gerais (v.g., excludentes de ilicitude, culpabilidade, atenuantes).”²⁶²

Não se trata de questão pacífica na jurisprudência o aproveitamento da atenuante genérica dos crimes ambientais aos demais delitos, mas já vem ganhando ênfase paulatinamente nas decisões. São exemplos das duas posições:

²⁵⁷ CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. Op. cit., p. 71.

²⁵⁸ Lei 9605 de 12 de Fevereiro de 1998

²⁵⁹ Método de interpretação que consiste em aplicar a um caso não previsto pelo legislador a norma que rege casa análogo, semelhante. Em Direito Penal, recebe tratamento próprio, em virtude do princípio da reserva legal. É inviável para qualquer hipótese, desde que traga prejuízo ao réu. (HORCAIO, Ivan. *Dicionário Jurídico Referenciado*. São Paulo: Primeira Impressão, 2006, p. 81.)

²⁶⁰ Modalidade em que se aplica a norma a um caso por ela não regulado, porém semelhante, cuja norma específica dispensa tratamento mais severo. Assim, as normas que excluem a punibilidade. (Ibid., p. 82.)

²⁶¹ Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

²⁶² PRADO, Luiz Regis. *Elementos de Direito Penal – V. 1 Parte Geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 39.

ATENUANTE GENÉRICA DO POUCO GRAU DE INSTRUÇÃO. INAPLICABILIDADE. Inaplicável a atenuante da baixa escolaridade ou instrução prevista no artigo 14, inciso I, da Lei n.º 9.605/98, porquanto sem previsão no Código Penal, o qual dispõe acerca da regulação legal concernente aos delitos de roubo. Trata-se de norma específica aos crimes ambientais.” (Apelação Crime Nº 70015271968, Oitava Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Roque Miguel Fank, Julgado em 09/08/2006)

CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. ATENUANTE DA LEI 9605/98. APLICABILIDADE. ART. 66, CP. ATENUANTES. PENA AQUÉM DO MÍNIMO. POSSIBILIDADE. MAJORANTE COMO CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL. IMPOSSIBILIDADE. 1. A analogia in bonam parte torna imprescindível à aplicação da regra do art. 14, inciso I, da Lei nº-9.605/98, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente a qualquer outra modalidade de crime, mormente considerada a possibilidades da atenuante ser reconhecida pela regra do art. 66 do CP, e, com isto, ser considerada na graduação da pena. 2. O princípio da proporcionalidade abriga a possibilidade de romper com este limite se presente atenuante, especialmente se ela for a que se refere a à confissão espontânea do agente. 3. A consideração de uma majorante como circunstância judicial fere o objetivo da norma (Art. 68, § único, CP) e opção do magistrado de promover apenas uma exasperação e além de trair o sistema trifásico, pois considerando-a para exasperar a pena, terá que analisar uma majorante na pena-base (primeira fase), quando só pode ocorrer no terceiro momento da dosimetria. Recurso improvido. (Apelação Crime Nº 70004850103, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Aramis Nassif, Julgado em 04/12/2002)

Admite-se falar em co-culpabilidade da coletividade quando esta nega ao infrator, depois de cometer o primeiro delito, nova²⁶³ chance de inserção no mercado de trabalho. Se antes já era difícil encontrar um emprego devido a sua pouca instrução, impossível agora com o estigma de ex-presidiário (etiquetamento). Comprova-se assim, o fracasso estatal na concretização da finalidade maior da pena – reprovação e prevenção do crime. O Estado, mais uma vez, restringe-se à retribuição do injusto, exaustivamente repudiado pelos estudiosos penalistas e debatido neste trabalho, sem ofertar alternativas ressocializadoras e preventivas que vislumbrem um destino mais promissor.

A penalização ainda mais severa dos reincidentes, já analisado anteriormente, é um exemplo claro de que a maior preocupação do Estado-juiz centraliza-se, exclusivamente, na punição do infrator e sua retirada do convívio social. Novamente é fácil detectar a presença do Estado como cobrador de condutas sem prover, a contento, instrumentos a corrigir suas mazelas.

²⁶³ Não se trata, a rigor, de “nova” chance, pois, na maioria dos casos, ao autor nunca foi oferecido qualquer oportunidade.

Salo de CARVALHO entende ser um “mecanismo de minimização da cruel inefetividade dos direitos sociais, econômicos e culturais, impondo ao Estado-Administração, via Judiciário, uma “sanção”, mesmo que residual ou simbólica, pela inobservância de sua própria legalidade de Direito”.²⁶⁴

Não há que se questionar o efeito danoso do cárcere, principalmente nos presídios brasileiros, onde o condenado sobrevive em ambientes insalubres, superlotados e promíscuos, sob condições precárias, carente de serviços dignos de saúde, alimentação e higiene. Submetem-se à corrupção, drogas, doenças contagiosas e todo tipo de risco. A punição nestes moldes é dupla, infringindo o princípio da proibição da dupla punição, princípio este limitador que exclui violações ou disfuncionalidades grosseiras com os direitos humanos. Para ZAFFARONI, “trata-se de uma efetiva dor punitiva que deve ser descontada daquela jurisdicionalmente autorizada, para evitar incorrer-se em punição dupla e conseqüente crueldade”²⁶⁵.

O fracasso da prisão é revertido exclusivamente ao apenado que, não “ressocializado”, “reeducado”, “reintegrado” e “repersonalizado” responde com a reincidência retornando ao processo vicioso gerador da delinquência. Nas palavras de Michel FOUCAULT,

o atestado de que a prisão fracassa em reduzir os crimes deve talvez ser substituído pela hipótese de que a prisão conseguiu muito bem produzir a delinquência, tipo especificado, forma política ou economicamente menos perigosa – talvez até utilizável – de ilegalidade; produzir os delinquentes, meio aparentemente marginalizado mas centralmente controlado; produzir o delinquentes como sujeito patologizado²⁶⁶.

²⁶⁴ CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. Op. cit., p.79.

²⁶⁵ ZAFFARONI, Eugênio Raul; BATISTA Nilo; ALAGIA Alejandro; SLOKAR Alejandro. **Direito Penal Brasileiro – I**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 236.

²⁶⁶ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: Nascimento da Prisão**; Tradução Raquel Ramallete. 26. ed. Petrópolis: Vozes, 1987, p. 230.

5. CÁLCULO DA PENA PROVISÓRIA

5.1 PENA AQUÉM DO MÍNIMO E ALÉM DO MÁXIMO

Cumpra-se salientar que as circunstâncias genéricas não podem fazer a pena ultrapassar aos extremos mínimos e máximos de pena, preceito ratificado pela jurisprudência²⁶⁷ em obediência cega à súmula 231 do STJ – “A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir a redução da pena abaixo do mínimo legal”. Não obstante movimento contrário e crescente de muitos doutrinadores que vêm escrevendo sobre o tema²⁶⁸, dentre eles Túlio Lima VIANNA, que alega contrariar interpretação literal e conclusiva do art. 65 do CP, “são circunstâncias que ‘sempre’ atenuam a pena.” E complementa, “se o legislador usou o adjunto adverbial ‘sempre’ é porque queria deixar claro que em toda e qualquer hipótese dever-se-á aplicar a atenuante. Caso contrário teria usado a expressão ‘sempre que possível’”.²⁶⁹

Outros asseveram que, mesmo não existindo expressamente na lei, ‘sempre que possível’, a interpretação mais adequada é essa, em observância aos artigos 53 “As penas privativas de liberdade têm seus limites estabelecidos na sanção correspondente a cada tipo legal de crime.” e 59, II – “a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;”

132088913 – PENAL – PRESENÇA DE ATENUANTES – IMPOSSIBILIDADE DE REDUÇÃO DA PENA AQUÉM DO PATAMAR MÍNIMO LEGAL – O art. 53 do cp estabelece que “as penas privativas de liberdade têm seus limites estabelecidos na sanção correspondente a cada tipo legal de crime”. E determina o art. 59, II, a aplicação da pena “dentro dos limites previstos”. Assim, a cominação abstrata mínima do preceito secundário da norma penal incriminadora indica a reprovação inferior máxima estabelecida no tipo penal, pelo que, inexistindo causa de diminuição, não pode ser rompido esse patamar menor fixado, pena de ferir o princípio da legalidade das penas (CF, art. 5º, XXXIX e XVI). Não colhe o

²⁶⁷ 116276823 – PENAL – RECURSO ESPECIAL – ART. 155, CAPUT, C/C ART. 14, INCISO II, DO CP – ATENUANTE – PENA AQUÉM DO MÍNIMO – REINCIDÊNCIA – I - A pena privativa de liberdade não pode ser fixada abaixo do mínimo legal com supedâneo em meras atenuantes (precedentes e Súmula nº 231 - STJ). II - Dentro dos limites legais, uma vez caracterizada a reincidência, a agravante deve ser aplicada. III - Fere o disposto no art. 61, inciso I, do CP a rejeição de sua incidência sob pretexto de bis in idem, concretamente inócua (precedentes). Recurso provido. (STJ – RESP 200501086925 – (763798 RS) – 5ª T. – Rel. Min. Felix Fischer – DJU 20.02.2006 – p. 00357) JCP.155 JCP.14 JCP.14.II JCP.61 JCP.61.I e tantos outros.

²⁶⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. Op. cit., p. 171-172; LOEBMANN, Miguel. As circunstâncias atenuantes podem sim fazer descer a pena abaixo do mínimo legal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 81, n. 676, p. 390-393, fev. 1992.

²⁶⁹ VIANNA, Túlio Lima. Op. cit., p. 57.

entendimento de que o comando do art. 65 do código penal, ao dizer que as circunstâncias atenuantes "sempre" atenuam a pena, levaria à possibilidade de fixação aquém do mínimo legal. A exegese adequada é a de que atenuarão a pena "sempre que possível", nos termos da lei. E esta possibilidade inexistente, ainda que de forma provisória, no caso de fixação da pena-base no mínimo cominado em abstrato para o crime. Nesse sentido a súmula 231 do STJ, confirmada por decisões recentes da referida corte. Apelo provido. (TJDF – APR 20040310179138 – 1ª T.Crim. – Rel. Des. Mario Machado – DJU 23.11.2005 – p. 215) JCP.53 JCF.5 JCF.5.XXXIX JCF.5.XIVI JCP.65

Alguns julgados demonstram sentimento de desconforto ao preterir características específicas e abonadoras do agente em detrimento de um critério objetivo e frio, igualando as penas deste com sentenciados piores.

A incidência das atenuantes correspondentes à menoridade, confissão espontânea ou reparação do dano, não são de encontrar repercussão no regime da pena, que não é de ser, no caso, aplicada abaixo do mínimo legal. Este aspecto está a denunciar a injustiça dos critérios penais vigentes, quando se adota o parâmetro automático do mínimo legal para réus primários, sem que se reserve margem para o ajuste da reprimenda, com o fito de beneficiar aqueles para os quais a lei reserva benefícios penais, desde que são precisamente estes os que resultam odiosamente prejudicados. (TACRIM-SP – AC – Rel. Bittencourt Rodrigues – JUTACRIM 93/225).

Ao se negar a atenuante por menoridade ou confissão espontânea está-se penalizando de modo equivalente àquele com maior discernimento e que não cooperou com o deslinde do crime. Qual preceito é mais relevante: "Sentença que não beneficia o apenado com aplicação das circunstâncias atenuantes é nula" ou "É proibida a pena aquém do mínimo abstrato"? São, sem dúvida, mandamentos contraditórios, porém devendo prevalecer o que mais beneficia o réu.

Um caso exemplar que colide com os princípios da culpabilidade, isonomia e individualização da pena, se dá em crime cometido em concurso de agentes, quando ocorre a hipótese em que ambos são primários e demais circunstâncias judiciais favoráveis, resultando na pena-base mínima. Um deles é menor de 21 anos e graças a sua confissão o delito é solucionado. O outro é maior, a todo tempo negou o crime, inclusive dificultando sobremaneira as investigações. Compromissado com uma atitude "legal", fácil e retrógrada aplica-se a mesma pena aos dois réus, sem a devida reflexão e a disposição de mudar certos paradigmas, que na maioria das vezes, requer mais estudo, empenho e até certa rebeldia que faz justiça.

José Antonio Paganella BOSCHI, quando magistrado, manifestou simpatia pela tese minoritária²⁷⁰ ao flexibilizar o procedimento judicial em consonância ao objetivo garantidor do inciso XLVI – “a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:” do artigo 5º da CF.²⁷¹ Ensina, com maestria, que: “essa fórmula propicia, na esteira do método trifásico, as condições ideais para a coexistência entre a igualdade e a diferença em matéria penal.”²⁷²

Felizmente, a jurisprudência sinaliza melhores dias para o direito penal, com alguns julgados reconhecendo a possibilidade da pena ficar abaixo do mínimo abstrato do tipo penal:

ATENUANTE DA MENORIDADE. PENA AQUÉM DO MÍNIMO. A aplicação de atenuante é direito do réu, motivo pelo qual deve ser aplicada, mesmo que a pena fique aquém do mínimo. (Apelação Crime Nº 70013736343, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Genacéia da Silva Alberton, Julgado em 03/05/2006)

Deste modo, vai a pena-base fixada em quatro (04) anos de reclusão. Não há agravantes, mas, sendo o réu menor, reduzo sua pena em três (03) meses, e de outros três (03) meses pela **confissão espontânea**, ficando a provisória em três (03) anos e seis (06) meses de reclusão. Fica consignado que **inexiste óbice à redução da pena aquém do mínimo por ocasião da aplicação de atenuantes**. Ao contrário, o que existe é a **determinação constitucional para individualizar penas**, o que apenas é possível em se considerando todas as circunstâncias que envolvem o fato, notadamente aquelas que a **própria lei diz que sempre alteram a pena**, como é o caso das atenuantes legais (única forma de se diferenciar o réu menor e confesso com grau mínimo de reprovabilidade da conduta do réu maior e não confesso com grau mínimo de reprovabilidade da conduta; aliás, no caso concreto Alexandre confessou e Marcelo não, de modo que apenas se pode diferenciar suas penas em considerando as atenuantes. Betina Meinhardt Ronchetti (Apelação Crime Nº 70002250371, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Amilton Bueno de Carvalho, Julgado em 21/03/2001)

Os operadores do direito têm a responsabilidade de, a todo tempo, fazer um exercício de compatibilidade entre o direito infraconstitucional e a lei maior – a Constituição Federal. As leis ajustadas aos princípios e ditames constitucionais

²⁷⁰ Apelação nº 699252722, 7ª Câm. Crimen TJRS e voto da Revisão Criminal 70.001814235, 4º Grupo Criminal do TJRS, Rel. Des. Ilton Dalandréa.

²⁷¹ BOSCHI, José Antonio Paganella. Op. cit., p. 291.

²⁷² Id.

devem ser recepcionadas (Teoria da Recepção²⁷³) e as contrárias perdem sua validade (lei posterior e de maior hierarquia sobrepõe a anterior).

No mesmo diapasão Alberto MARQUES evidencia que:

Nenhum artigo de lei diz que as atenuantes não podem reduzir a pena abaixo do mínimo abstrato do tipo incriminador. Se os diversos cânones legais que interferem na dosagem da pena, sejam eles da parte especial (como os exemplos dos arts. 155, §§ 1º e 2º, 223) e da parte geral (como os arts. 14 e 16) interferem para alterar os limites máximo e mínimo da pena, porque as atenuantes genéricas, que também são cânones legais interferentes na dosagem da pena, não produziram esse mesmo efeito? É princípio de tradição multimilenar que onde há a mesma razão de Direito deve vigorar a mesma solução jurídica. Não há, todavia, nenhuma norma ou razão juridicamente sustentável que justifique distinguir as atenuantes das causas de diminuição da pena, quanto ao efeito de reduzir o limite mínimo das penas.²⁷⁴

Censurável é a práxis forense, denominada por Cezar Roberto BITENCOURT, de 'estelionato judicial', ou seja, fixar a pena-base um pouco acima do mínimo, somente para possibilitar a redução e iludir o réu de que a atenuante foi considerada²⁷⁵.

Proibida, por outro lado, a elevação da pena provisória além do limite máximo estabelecido para o tipo penal por idênticos argumentos já apresentados quanto ao apenamento aquém do mínimo legal. Acrescentando-se o princípio constitucional da legalidade dos crimes e das penas, textualmente trazido no art. 5º, XXXIX – “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;” e a vedação de qualquer espécie de prejuízo ao réu.

5.2 FORMA DE MENSURAR AS CIRCUNSTÂNCIAS LEGAIS

As circunstâncias legais podem ser de caráter subjetivo, refletindo qualidades pessoais do autor, quais sejam: os motivos determinantes do crime, a menoridade, a confissão, as relações do agente com a vítima ou com os demais concorrentes do delito. As de caráter objetivo evidenciam o meio ou modo de execução, pelo tempo, lugar ou pela condição ou qualidade da vítima e a reincidência.

²⁷³ “Através da qual a ordem jurídica nova recepciona toda legislação infraconstitucional anterior que compatível.” SCHIER, Paulo Ricardo. *Direito Constitucional: Anotações Nucleares*. Curitiba: Juruá, 2001, p. 85.

²⁷⁴ MARQUES, Alberto. Atenuantes e Pena Mínima. *Juris Síntese*, São Paulo, n. 33. jan./fev., 2002.

²⁷⁵ BITENCOURT, César Roberto. *O Arbítrio Judicial...*, p. 505.

É pressuposto de incidência das agravantes, ser o crime praticado dolosamente, não se aplicando aos de natureza culposa, em que não se figuram os elementos volitivos e cognitivos. Rejeitável a hipótese de um crime culposos por motivo fútil ou de relevante valor moral, pois o agente não desejava, voluntariamente, um resultado danoso²⁷⁶.

Oportuna somente a reincidência, que por ser objetiva independe de consciência e vontade, compatível aos delitos culposos e dolosos.

Do mesmo modo, como acontece com as circunstâncias judiciais, não há prevalência entre agravantes e atenuantes em si consideradas, no que se refere à quantidade de pena. Destarte, todas têm o mesmo peso quantitativo de pena, não podendo conjuntamente ou isoladamente ultrapassar o máximo ou o mínimo (com ressalvas já analisadas anteriormente) da pena prevista no tipo legal, aí já computada a pena-base definida, na fase inicial.

Carente, o Código Penal, de parâmetro seguro para a medida da reprimenda, em face das circunstâncias legais, confere-se à prudência judicial desprovida de qualquer indicação, a mensuração das agravantes e atenuantes²⁷⁷.

Nesse cenário é crível a seguinte discrepância: um determinado homicídio qualificado, cuja sanção inicial foi arbitrada em 15 anos de reclusão, o juiz elevasse a pena, acatando a reincidência, apenas dois meses. E outro, arbitrasse 5 anos, resultando numa pena definitiva de 20 anos, enquanto o primeiro recebeu 15 anos e 2 meses.

Inconformados com a "absoluta imprecisão dos conceitos livre-arbítrio ou prudência judicial"²⁷⁸, compactuando com o "risco de intervenção estatal ilimitada na esfera dos direitos do cidadão"²⁷⁹, insistem na busca de outros caminhos, dentro do sistema penal, de um referencial objetivo e mais esclarecedor:

Sugere Mário Helton JORGE²⁸⁰ a aplicação por analogia dos artigos 285 do Código Eleitoral que: "Quando a lei determina a agravação ou atenuação da pena sem mencionar o quantum, deve o juiz fixá-lo entre um quinto e um terço, guardados limites da pena cominada ao crime" e 73 do Código Penal Militar, de idêntico teor.

²⁷⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. Op. cit., p. 232.

²⁷⁷ ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. Op. cit., p. 831-832.

²⁷⁸ BOSCHI, José Antonio Paganella. Op. cit., p. 283.

²⁷⁹ Id.

²⁸⁰ JORGE, Mário Helton. Direito Penal: A Quantificação da Pena em Face das Circunstâncias. *Revista dos Tribunais*, Curitiba, v. 825, p. 435-441, jul. 2004.

Conforme esse entendimento, a pena seria fixada dentro do intervalo de 1/3 a 1/5 da sanção prescrita ao delito, como já estabelecia o Código Penal de 1969.

Outros juristas, porém, simpatizam mais com o piso de um dia e o teto de 1/6 da pena-base, na medida do grau de culpabilidade aferido na primeira fase da dosimetria da pena. Ou seja, quanto maior a culpa do agente, maior será a intensidade da agravante (próximo de 1/6) e menor a atenuação²⁸¹.

5.3 CONCURSO DE CIRCUNSTÂNCIAS LEGAIS

Antes da análise do concurso das circunstâncias legais, pertinente lembrar que inobstante muitos julgadores admitirem, não deveriam para o reconhecimento da agravante, prescindir de prévia descrição do fato que a justifica, na denúncia (ação penal pública) ou queixa (ação penal privada), sob pena de cerceamento de defesa.

28025470 – PENAL E PROCESSUAL PENAL – HOMICÍDIO QUALIFICADO E LESÃO CORPORAL – PRONÚNCIA – ARTIGOS 121, § 2º INCS – II E IV C/C ART. 129, § 1º INCS – I E II, ART. 73 E 70, TODOS DO CP – PRONÚNCIA – Recurso em sentido estrito interposto pela defesa. Pedido de despronúncia do acusado. 1- Elementos contidos nos autos a indicar ter o réu efetuado disparos contra as vítimas. Hipótese de pronúncia. 2 - Circunstância qualificadora do motivo fútil (art. 121 § 2º inc. II do CP) que não se apresenta como de manifesta improcedência, razão pela qual não poderia o juízo a quo deixar de submetê-la à apreciação do Conselho de Sentença. 3 - Circunstância qualificadora do recurso que tornou impossível a defesa da vítima (art. 121 § 2º inc. IV do CP), que apesar de não estar contida na denúncia, nem se encontrar, ao menos descrita implicitamente naquela peça acusatória e ainda sem que tenha havido aditamento à acusação, acabou sendo reconhecida na pronúncia por iniciativa do próprio juiz do feito. Impossibilidade. 4 - Recurso parcialmente provido tão somente para afastar da pronúncia a qualificadora do recurso que tornou impossível a defesa da vítima (art. 121 § 2º inc. IV do CP). (TJPE – RSE 97851-2 – Rel. Des. Dário Rocha – DJPE 06.09.2005) JCP.121 JCP.121.2.II JCP.129 JCP.129.1.I JCP.73 JCP.70 JCP.121.2.IV²⁸²

Havendo a ocorrência de agravantes e atenuantes a ser aferida dentro do mesmo delito, o Código Penal determina no art. 67 que:

²⁸¹ BOSCHI, José Antonio Paganella. Op. cit., p. 284-287.

²⁸² Admitindo-se a analogia em benefício do réu, do mesmo modo que não pode ser reconhecida a qualificadora não presente na denúncia, o mesmo se dá com a agravante, pois como já salientado anteriormente, tem aplicação subsidiária.

Art. 67. No concurso de agravantes e atenuantes, a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes, entendendo-se como tais as que resultam dos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da reincidência.

Não é tranqüila a preponderância das circunstâncias de cunho subjetivo (motivação e personalidade) sobre as de cunho objetivo. A jurisprudência dominante privilegia a atenuante subjetiva da menoridade, não se verificando mesmo tratamento quanto à confissão, que em muitos casos faz prevalecer a agravante objetiva da reincidência. Esta, indubitavelmente, ocupando posição de destaque.

109010381 – REVISÃO CRIMINAL – ROUBO – Latrocínio -artigo 157, parágrafo 3º, parte final e artigo 61, inciso II, alínea c, parte final, ambos do Código Penal -agravante específica e delimitada na decisão- idade da vítima não considerada para fins da condenação. Irrelevância de sua constatação posterior. Ausência de prejuízo na fixação da multa em percentual mínimo. **Preponderância da menoridade em relação à agravante.** Necessidade de aplicação da atenuante da confissão espontânea, quando expressamente reconhecida. Revisão parcialmente procedente. (TAPR – RC 0233909-3 – (213018) – Castro – 1º G.C.Crim. – Relª Juíza Conv. Rosana Andriguetto de Carvalho – DJPR 10.09.2004)JCP.61 JCP.61.II.C

116276719 – PENAL – RECURSO ESPECIAL – ART. 155, § 4º, INCISO III, DO CÓDIGO PENAL – FIXAÇÃO DA PENA – CONFISSÃO ESPONTÂNEA – **PREPONDERÂNCIA DA REINCIDÊNCIA** – ART. 67 DO CP – A circunstância agravante da reincidência, como preponderante, deve prevalecer sobre a atenuante da confissão espontânea, a teor do art. 67 do Código Penal (precedentes). Recurso provido. (STJ – RESP 200500367870 – (737980 RS) – 5ª T. – Rel. Min. Felix Fischer – DJU 20.02.2006 – p. 00356)

É perfeitamente aceitável a compensação entre circunstâncias agravantes e atenuantes, pois estão previstas na mesma fase. “O que é vedada é a compensação inter-fases”²⁸³. Exige-se que sejam de mesma natureza²⁸⁴. Assim como existindo mais de uma agravante, a pena será mais intensificada e vice-versa.

Finalmente, cumpre-se destacar que estando a agravante também definida como qualificadora, deve o juiz considerá-la como tipo qualificado (já explicado anteriormente) e desprezá-la como majorante da pena. Nesse sentido, o crime de homicídio praticado por motivo fútil, é um homicídio qualificado, tendo a pena cominada de 12 a 30 anos. Assim como o homicídio privilegiado, cometido por relevante valor social ou moral, poderá ter a pena reduzida de um sexto a um terço.

²⁸³ NUCCI, Guilherme de Souza. Op. cit., p. 231.

²⁸⁴ FERREIRA, Gilberto. Op. cit., p. 139.

5.4 AGRAVANTES E A COMPETÊNCIA DO JÚRI

O magistrado nos crimes de competência do Tribunal do Júri limita-se, por ocasião da decisão de pronúncia (1ª fase), a acatar a acusação para posterior julgamento perante o júri popular. Conseqüentemente, é a ele, vedado manifestar-se sobre as agravantes, cabível por ocasião do libelo²⁸⁵ ou resultante de debates em Plenário²⁸⁶.

Será, então, arbitrada pelo juiz-presidente à pena, somente a agravante submetida a quesitação específica²⁸⁷ feita ao Conselho de Sentença e posterior acatamento por maioria dos jurados. É o que determina o Código de Processo Penal no art. 492, *in verbis*:

Art. 492. Em seguida, o juiz lavrará a sentença, com observância do seguinte:

I - no caso de condenação, terá em vista as circunstâncias agravantes ou atenuantes reconhecidas pelo júri, e atenderá, quanto ao mais, ao disposto nos ns. II a VI do artigo 387;

Nesse sentido fica claro que não observados esses preceitos à qualificadora ou agravante, dependendo da aplicação principal ou residual, respectivamente, a sua aplicação restará prejudicada.

55002035 – PENAL E PROCESSUAL PENAL – HOMICÍDIO – APLICAÇÃO DA PENA – FUTILIDADE DO MOTIVO – QUALIFICADORA REJEITADA PELO JÚRI – APROVEITAMENTO NA SENTENÇA COMO AGRAVANTE – AFRONTA AO ART. 492, INC. I, DO CPP, E AO PRINCÍPIO DA SOBERANIA DOS VEREDICTOS 1) Por constituir afronta ao disposto no art. 492, inc. I, do Código de Processo Penal, e principalmente à garantia constitucional da soberania dos veredictos, rejeitada pelo Júri a qualificação de homicídio por motivo fútil, não pode a sentença aproveitar essa circunstância para agravar a pena-base, como agravante, mormente

²⁸⁵ Art. 417. O libelo, assinado pelo promotor, conterá: III - a indicação das circunstâncias agravantes, expressamente definidas na lei penal, e de todos os fatos e circunstâncias que devam influir na fixação da pena; (Código de Processo Penal)

²⁸⁶ Art. 484, parágrafo único, III - o juiz formulará, sempre, um quesito sobre a existência de circunstâncias atenuantes, ou alegadas; (Id.)

²⁸⁷ Art. 484, Parágrafo único. Serão formulados quesitos relativamente às circunstâncias agravantes e atenuantes, previstas nos artigos 44, 45 e 48 do Código Penal, observado o seguinte: Nota: Código Penal, artigos 61, 62 e 65.

I - para cada circunstância agravante, articulada no libelo, o juiz formulará um quesito;

II - se resultar dos debates o conhecimento da existência de alguma circunstância agravante, não articulada no libelo, o juiz, a requerimento do acusador, formulará o quesito a ela relativo; (Id.)

quando não quesitada especificamente. (TJAP – ACr 189204 – (7195) – C.Ún – Rel. Des. Mário Gurtyev – DOEAP 27.09.2004 – p. 15) JCPP.492 JCPP.492.I JCP.33 JCP.33.2.B JCP.61 JCP.61.II.F

6 REVISÃO CRIMINAL

6.1 UMA BREVE NOTÍCIA SOBRE A AÇÃO REVISIONAL

Até o trânsito em julgado da sentença é possível o acusado manifestar seu inconformismo com a pena conferida ao delito cometido. Pode fazê-lo através, principalmente, dos recursos cabíveis no direito processual penal pátrio como a apelação ao tribunal, recurso especial dirigido ao Superior Tribunal de Justiça ou ainda, recurso extraordinário a ser encaminhado ao Supremo Tribunal Federal.

Entretanto, quando a decisão não comporta mais a via recursal, ou seja, a sentença transitou em julgado, constituiu-se o instituto da coisa julgada.

A coisa julgada consagra a segurança jurídica e sua imutabilidade é garantida constitucionalmente ²⁸⁸, sendo relativizada apenas em situações excepcionais, nas quais seja imperioso o restabelecimento da justiça. Como ensina Ada Pellegrini GRINOVER, “quando a sentença se reveste de vícios extremamente graves, que aconselham a prevalência do valor “justiça” sobre o valor “certeza”.²⁸⁹

São casos decorrentes de instrução criminal malfeita, indolência na prestação jurisdicional, depoimentos mentirosos, documentos falsos ou até desídia das partes na colheita de provas. Infelizmente, neste último ponto, atesta Adriana LOCHE que várias estatísticas apontam diferenças nos procedimentos adotados por advogados dativos e constituídos, evidenciando que estes depreendem maior empenho na condução dos processos e formulação de provas, sobretudo as provas testemunhais, enquanto aqueles se limitam ao mínimo necessário para que o direito de defesa não seja lesado.²⁹⁰ Tanto é verdade que o Supremo Tribunal Federal, através da Súmula 523²⁹¹ garante defesa efetiva ao patrocinado, dispondo da defensoria pública comprometida ao bom serviço, sob pena de nulidade do processo quando provado o prejuízo do réu devido à defesa deficiente.

A Revisão Criminal é uma ação impugnativa autônoma, instituída no Brasil pelo Decreto nº 847, de 11 de novembro de 1884. Não obstante encontrar-se no

²⁸⁸ “Art. 5º, inc. XXXVI a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;” (Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.)

²⁸⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. Op. cit., p. 305.

²⁹⁰ LOCHE, Adriana; FERREIRA Helder; SOUZA, Luís; IZUMINO, Wânia. Op. cit., p. 149.

²⁹¹ “No processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu.”

capítulo destinado aos recursos²⁹², é de natureza jurídica de ação já que instaura uma nova relação processual, de caráter constitutivo contra decisão condenatória passada em julgado visando corrigi-la. Pode também assumir feição declaratória nos casos de absolvição, ou de alteração da pena. Constatada nulidade absoluta na sentença, esta é devolvida ao Juízo de origem.

É possível fazer um paralelo entre a revisão criminal em matéria penal e a ação rescisória da área cível, com o detalhe de que esta obedece ao prazo preclusivo de dois anos, enquanto aquela pode ser ajuizada a qualquer tempo²⁹³ (inclusive após a extinção da pena, ainda que decorrente de anistia, graça ou indulto), por tratar de um direito fundamental da pessoa, a liberdade individual.

Importante ressaltar que a revisão criminal, distintamente da ação rescisória em que é oportunizada a ambas as partes, inclusive aos terceiros interessados, é um remédio destinado apenas ao condenado (*pro reo*), embora em outros países²⁹⁴ seja admitida em sentenças absolutórias (*pro societate*). De acordo com os escritos de Ada Pellegrini GRINOVER²⁹⁵, fundamenta-se esta prática por determinação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, no art. 8.4: "O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos", da qual o Brasil é signatário²⁹⁶. Todavia, desde que foi instituída a revisão criminal no Brasil²⁹⁷, consagrou-se como instrumento processual de exclusividade da defesa.

²⁹² "O Recurso nada mais representa senão um desdobramento da ação que se promove no juízo de conhecimento e se estende até onde permite a lei." (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Prática de Processo Penal**. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 715)

²⁹³ "Art. 622. A revisão poderá ser requerida a qualquer tempo, antes da extinção da pena ou após." (JESUS, Damásio Evangelista de. **Código de Processo Penal Anotado**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 483)

²⁹⁴ Alemanha, Suíça, Noruega e países do leste europeu.

²⁹⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. Op. cit., p. 307.

²⁹⁶ Norma que integra o ordenamento jurídico brasileiro, com status de norma constitucional, recepcionada através do art. 5º, §2º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

²⁹⁷ "Em 24.2.1891, era a revisão introduzida no texto da primeira Constituição Republicana, como verdadeiro remédio constitucional. A Carta de 1934 manteve o mesmo princípio, embora a de 1937 silenciasse, sob a sua égide surgiu o atual Código de Processo Penal, consagrando-a apenas em benefício dos réus." (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Op. cit., p. 713)

6.2 CONDIÇÕES DA AÇÃO

A legitimidade ativa é do réu ou seu procurador legalmente habilitado, passando-se aos seus sucessores caso ocorra o seu falecimento²⁹⁸. No pólo passivo da relação processual figura o Estado, representado pelo Ministério Público. O Código nada fala sobre a admissibilidade de assistência do ofendido, uma vez que alterada a decisão esta possa surtir interesse jurídico à vítima (satisfação do dano *ex delicto*), seria prudente sua participação.

Quanto à capacidade postulatória (*jus postulandi*) – pressuposto processual e não condição da ação – há controvérsias, jurisprudencial e doutrinária, especialmente após o advento constitucional que afirma ser o advogado imprescindível à administração da justiça²⁹⁹, bem como o Estatuto do Advogado³⁰⁰ que dispensa o profissional apenas para impetrar *habeas corpus*. Enquanto o art. 623, do Código de Processo Penal traz textualmente a viabilidade da revisão ser pedida pelo próprio réu ou por procurador legalmente habilitado, dispensando a presença de patrocinador.

A dúvida recai na interpretação de que lei federal – Estatuto do Advogado – posterior ao CPP teria revogado o art. 623, exigindo capacidade postulatória para a revisional. A melhor posição sustenta a possibilidade do ajuizamento da revisão criminal sem necessidade de intervenção advocatícia (como se faz nos Juizados Especiais). Entretanto, caso o pedido seja feito pelo próprio réu sem a prudente capacidade postulatória, deveria o tribunal nomear defensor dativo³⁰¹ para prosseguir a ação e proteger o impetrante, já que, como frisa Eugênio Pacelli de OLIVEIRA, “diante das exigências de fundamentação vinculada (especificação da causa do remédio jurídico é indispensável) para o manejo da revisão criminal,

²⁹⁸ “Art. 623 - A revisão poderá ser pedida pelo próprio réu ou por procurador legalmente habilitado ou, no caso de morte do réu, pelo cônjuge, ascendente, descendente ou irmão.” (JESUS, Damásio Evangelista de. Op. cit., p. 484)

²⁹⁹ “Art. 133 - O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.” (Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.)

³⁰⁰ “Art. 1º - São atividades privativas de advocacia: I - a postulação a qualquer órgão do Poder Judiciário e aos Juizados especiais;” (Lei 8906 de 1994.)

³⁰¹ A Ordem dos Advogados do Brasil, seção do Paraná mantém um Projeto, chamado OAB Cidadania e coordenado pela Dra. Lúcia Beloni Dias, destinado a ingressar com ações revisionais e assim atender aos condenados carentes.

difícilmente se conhecerá da ação proposta quem não tenha conhecimento técnico especializado.”³⁰²

A respeito da possibilidade do Ministério Público ingressar com a ação de revisão criminal, os entendimentos são divergentes. Numa visão mais clássica há inadmissibilidade do Ministério Público intentar com a demanda. Para Eugênio Pacelli de OLIVEIRA, em posicionamento mais aberto e coerente às garantias individuais do processo penal brasileiro, promovidas pela Constituição Federal, defende competir ao Ministério Público zelar pela ordem jurídica, impedindo a privação da liberdade de quem esteja injustamente dela privado, seja por meio de *habeas corpus*, seja pela via da revisão criminal.³⁰³

A segunda condição de ação resulta no interesse de agir, isto é, a necessidade de iniciar o processo. Deve haver algum dano ao demandante para que ele necessite com ela ingressar, como por exemplo, e pertinente a este trabalho, a carência de fundamentação quanto à ponderação das circunstâncias judiciais do crime, ou havendo, seja esta composta de chavões estigmatizados ou por critério integrante da elementar do tipo, e portando já estimada, produzindo *bis in idem*.

Possibilidade jurídica do pedido, terceira e última condição exigida para a propositura da ação revisional, é a existência de uma sentença condenatória, chamada por Fernando da Costa TOURINHO FILHO de pressuposto primordial da revisão³⁰⁴, abrangendo a decisão de absolvição imprópria, porquanto possui uma carga condenatória, com a atribuição da medida de segurança ao inimputável³⁰⁵.

É fundamental o requisito da irrecorribilidade da decisão e desta obrigatoriedade decorrem alguns desdobramentos imediatos: não é admitida em nosso ordenamento jurídico, ação de revisão criminal:

- a) visando alteração de fundamento da sentença absolutória, inobstante haver o interesse de agir, quando necessite desconstituir um argumento que possa traduzir em ação indenizatória no cível ou em atenção ao *status dignitatis*.
- b) se houve a extinção da punibilidade antes da sentença, mediante decisão terminativa de mérito, na qual o Juiz não condena e nem absolve o acusado, porém

³⁰² OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 712.

³⁰³ Ibid., p. 713.

³⁰⁴ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Op. cit., p. 716.

³⁰⁵ Art. 386. O Juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça: Parágrafo único. Na sentença absolutória, o Juiz: III - aplicará medida de segurança, se cabível. (JESUS, Damásio Evangelista de. Op. cit., p. 281)

julga prejudicial de mérito (prescrição, morte do agente ou outro motivo elencado no art. 107 do Código Penal);

c) da decisão de pronúncia, já que não encerra o processo e sim apenas a primeira fase procedimental do rito do júri, e;

d) contra sentença penal estrangeira homologada no Brasil, porque o mérito não é verificado pelo Tribunal, no ato de homologação da decisão, limitando-se a correção formal.

É juridicamente possível o pedido de revisão criminal decorrente de decisões do Tribunal do Júri, desde que presente uma das hipóteses capituladas nos artigos 621 e 626 do Código de Processo Penal, sem com isso estar-se negligenciando decisão soberana dos jurados. Afirma Fernando da Costa TOURINHO FILHO que se a soberania dos veredictos é dogma constitucional, também o é, e em maior grau, a tutela do direito de liberdade, tendo este, a toda evidência, maior prevalência.³⁰⁶

6.3 HIPÓTESES DE CABIMENTO

Estão previstas no art. 621, do CPP e são os fundamentos do pedido de revisão dos processos findos, ou seja, sejam eles decorrentes de condenação por crime ou contravenção, *in verbis*:

“Art. 621. A revisão dos processos findos será admitida:

I - quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos;

II - quando a sentença condenatória se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos;

III - quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena.”

Contrariedade ao texto da lei, é normalmente suscitada quando não adequada a dosimetria da pena³⁰⁷, seja por caracterização da dupla valoração de

³⁰⁶ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Op. cit., p. 721.

³⁰⁷ “Lei, ela mesma, estabelece as hipóteses taxativas para o ajuizamento da revisão criminal, o que não afasta, segundo o melhor constructo doutrinário, a interpretação extensiva *in bonam partem*. 2. In casu, o acórdão impugnado conheceu da revisão criminal e, fundamentadamente, reduziu a reprimenda anteriormente fixada ao condenado, verificada a existência de circunstância judicial que autorizasse a diminuição. 3. A questão da possibilidade de revisão da dosimetria da pena, em sede de ação revisional, é matéria que já se pacificou no âmbito deste Superior Tribunal de Justiça. 4.

uma circunstância do crime ou pela não-unificação das penas, nos casos permitidos pela lei. “Muitas vezes tem-se concluído pela absoluta desobediência aos parâmetros existentes para fixação da pena-base, utilizando apenas uma circunstância judicial preponderante, em quantidade de pena excessiva, com desprezo às demais”, como constata o Juiz substituto em Segundo Grau do Paraná, Dr. Mário Helton JORGE³⁰⁸. Tal procedimento pode resultar em penas exacerbadas e conseqüentemente, perda de benefícios legais, como a suspensão condicional da pena, regime prisional mais brando e substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

A contrariedade à evidência dos autos, deve ser frontal e inequívoca, não servindo a revisão para reavaliação de prova, como se fosse recurso de apelação. Nesse sentido vem julgando os tribunais:

É incabível o reexame do julgado quando demonstrada a intenção do postulante em obter nova apreciação do conjunto probatório, eis que a revisão criminal não se presta como espécie de segunda apelação. As informações colhidas durante a instrução foram suficientemente analisados na sentença bem como no Acórdão desta Corte, sendo inadequado afirmar que a condenação contrariou a evidência dos autos.³⁰⁹

Depoimentos, exames ou documentos falsos não bastam para promover um pedido revisional, mas que estes tenham sido determinantes para a condenação criminal. Assim como o surgimento de fatos novos, inclusive oriundos de inusitados experimentos científicos sobre determinado tema, desde que capazes de traduzir benefício ao réu. O foco central da procedência da via recursal é o restabelecimento da justiça.

Fernando da Costa TOURINHO FILHO traz o exemplo do condenado por bigamia, que após sentença transitada em julgado, consegue a anulação de seu primário casamento, desconstituindo o crime de bigamia, podendo ser absolvido em sede de revisão criminal.³¹⁰

As novas provas de inocência ou de circunstâncias favoráveis ao condenado devem ser produzidas mediante justificação (ainda no juízo singular), oportunizando

Recurso não conhecido.” (STJ – RESP 418399 – RS – 6ª T. – Rel. Min. Hamilton CARVALHIDO – DJU 02.02.2004 – p. 373.)

³⁰⁸ JORGE, Mário Helton. Op. cit., p. 435.

³⁰⁹ (TRF 4ª R. – RvCr 2003.04.01.023567-0 – PR – 7ª T. – Rel. Des. Fed. Élcio Pinheiro de CASTRO – DJU 14.01.2004 – p. 132) JCPP.93 JCPP.621 JLCPS.95

³¹⁰ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Op. cit., p. 729.

o contraditório (aplicando-se por analogia a Seção IX da Justificação, do Capítulo II, dos Procedimentos Cautelares Específicos do Código de Processo Civil)³¹¹, ou no próprio curso da revisão criminal, posto que instaurada cognição (embora controvertido, por tratar-se de direito líquido e certo).

O ônus da prova é do réu, já que na instância revisional assume a posição de autor da ação e, portanto lhe incumbe provar os fatos por ele alegados, sob pena de não merecer acolhida sua pretensão.

Concluiu-se então, que a relação processual se instaura com o encaminhamento ao Presidente do Tribunal competente, petição devidamente assinada por pessoa legitimada, instruída com a certidão da sentença penal condenatória (ou absolutória imprópria) revidenda, comprovadamente transitada em julgado, além dos fatos alegados devidamente provados ou com requerimento para produção de provas e fundamentada em uma das hipóteses taxativamente autorizadas nos artigos 621 e 626 do Código de Processo Penal. Não é necessário o réu recolher-se à prisão para ingressar com a ação impugnativa da revisão criminal.

Do indeferimento liminar do Presidente ou Relator pode ser interposto agravo regimental. Contudo ocorrendo o deferimento *in limine* o órgão competente do respectivo tribunal, apreciará o pedido, com a possibilidade, inclusive, de requerer diligência. A intervenção do Ministério Público de 2º grau poderá ser favorável ao réu, eis que atua, essencialmente, como fiscal da lei e defensor da justiça.

A revisão criminal não tem efeito suspensivo em respeito à coisa julgada, nada obstante, é crível medida liminar caso presentes os requisitos autorizadores (*fumus boni juris* e *periculum in mora*), embora não haja previsão legal específica.

³¹¹ “Art. 861. Quem pretender justificar a existência de algum fato ou relação jurídica, seja para simples documento e sem caráter contencioso, seja para servir de prova em processo regular, exporá, em petição circunstanciada, a sua intenção. Art. 862. Salvo nos casos expressos em lei, é essencial a citação dos interessados. Parágrafo único. Se o interessado não puder ser citado pessoalmente, intervirá no processo o Ministério Público. Art. 863. A justificação consistirá na inquirição de testemunhas sobre os fatos alegados, sendo facultado ao requerente juntar documentos. Art. 864. Ao interessado é lícito contraditar as testemunhas, reinquiri-las e manifestar-se sobre os documentos, dos quais terá vista em cartório por 24 (vinte e quatro) horas. Art. 865. No processo de justificação não se admite defesa nem recurso. Art. 866. A justificação será afinal julgada por sentença e os autos serão entregues ao requerente independentemente de traslado, decorridas 48 (quarenta e oito) horas da decisão. Parágrafo único. O juiz não se pronunciará sobre o mérito da prova, limitando-se a verificar se foram observadas as formalidades legais.” (Código de Processo Civil).

6.4 COMPETÊNCIA

A competência para o processo e julgamento da revisão criminal é do próprio Tribunal prolator da decisão revidenda. Desse modo, quando se tratar de ação penal originária ou recurso criminal ordinário do Supremo Tribunal Federal, a ele será destinada a ação revisional. O mesmo valendo para o Superior Tribunal de Justiça e os Tribunais Regionais Federais. Nos demais casos competem aos Tribunais de Justiça julgar as causas de sua competência recursal, englobando as decisões proferidas pela Justiça Militar Estadual, onde não haja órgão de segundo grau especializado. Existindo Tribunal de Justiça Militar, a este incumbe a apreciação da revisional, como acontece nos estados de São Paulo, Minas Gerais e Rio Grande do Sul.

6.5 SENTENÇA

O acórdão deve ser correlato ao pedido da revisão, mas é admitido julgamento *extra petita* ou *ultra petita* dada a sua natureza (tal como no *habeas corpus*). Tem, como regra, efeito dúplice, juízo rescindente e juízo rescisório. Caso haja pedido de indenização, a sentença deverá ser ilíquida, viabilizando sua liquidação por ação própria na área cível (onde então haverá contraditório).

É inadmissível o agravamento da sanção imputada ao réu, ou a *reformatio in pejus*, em sede de revisão criminal, como expressado no art. 626, § único, do CPP, mesmo anulado *ab initio* o processo, objeto da revisional. A nova sentença não pode ser mais gravosa do que a anterior, por simples interpretação literal do caput do mesmo artigo que prevê, categoricamente, a possibilidade do Tribunal alterar a classificação da infração, absolver o condenado, modificar a pena ou anular o processo, e segue no parágrafo único com a proibição, em quaisquer casos, de ser agravada a pena imposta pela decisão revista.

Da decisão procedente na instância revisional dá-se o fenômeno da coisa julgada formal (impedimento de nova discussão dentro do processo) e material (impedimento de discussão em outro processo). Em caso de improcedência, só operará a coisa julgada material quando idênticas as partes, pedido e causa de pedir, entendida esta como os motivos ou fundamentos do pedido. Releva-se que,

mesmo presente a tríplice identidade, mas havendo provas novas, é admissível outra ação, em atenção à cláusula *rebus sic stantibus*.

6.6 RECURSOS

Em razão da competência originária dos Tribunais o recurso da decisão da revisão não é de apelação, sendo oponíveis recursos de embargos de declaração, recursos especial e extraordinário, agravos regimental e inominado. Não são oponíveis os recursos de embargos infringentes e em sentido estrito. Não sendo caso de recurso extraordinário, a revisão criminal procedente ou improcedente proferida pelo Tribunal Superior Eleitoral ou pelo Superior Tribunal Militar, será irrecorrível.

CONCLUSÃO

Esta monografia foi inspirada na angústia dos condenados que não entendem a carga sancionatória a que são submetidos.

O drama de diversas pessoas completamente ignoradas pela sociedade, jogadas em penitenciárias, desprovidas de mínima assistência jurídica, ensejou a alguns grandes reflexões, despertando um sentimento de solidariedade e interesse em entender melhor onde está a falha ou dificuldade em prestar informações sobre o cálculo da pena aos seus destinatários.

Cartas de detentos enviadas ao Tribunal com pedidos mal escritos, porém emocionados, repletos de indignação pelas consideradas “injustas condenações” e desarrazoadas punições. A grande maioria não nega seus delitos, mas reclama maior diligência nos processos e ciência quanto ao caminho lógico percorrido pelo julgador até chegar ao veredicto.

Sérgio Salomão SHECAIRA afirma que, “o réu, especialmente ele, não tem apenas o direito de saber por que é punido, mas também o direito de saber por que lhe foi imposta esta ou aquela pena. No entanto, há que se ressaltar que o Juiz, no momento de julgar, não deve proceder com um metro que toma a lei como medida, mas ser crítico da legislação, adaptando axiologicamente a lei ao caso concreto.”³¹²

Ao reexaminar os autos, com maior interesse, fica fácil encontrar as impropriedades discutidas detalhadamente neste trabalho, as quais não se pretende esgotar, mas, sem dúvida, ampliar o debate entre todos os operadores do direito indistintamente, sejam acadêmicos, advogados, promotores, Juízes ou juristas, sobre a precariedade das decisões condenatórias.

E as razões são muitas. A começar pela indefinição da real política criminal que se deseja instituir no Brasil. Pela complexidade do tema e a busca de resultados imediatos para conter a criminalidade. É desprezado princípio basilar do Direito Penal de ser acionado como última razão para resolver o problema. Antes, devem ser satisfeitas as necessidades fundamentais do indivíduo, proporcionando uma vida digna, para então exigir sua conduta de acordo com o ordenamento jurídico. Há um ditado popular que diz: “O Estado só sobe o morro, através da polícia”, revelador da

³¹² SHECAIRA, Sérgio Salomão. Circunstâncias do Crime. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 6, n. 23, p. 67-80, jul./set. 1998. p. 80.

verdade. Os governos, sucessivamente, são negligentes com seus cidadãos, negando-lhes direitos mínimos como: saúde, educação, moradia, trabalho, transporte e tantos outros legalmente assegurados pela Constituição Federal e demais diplomas legais (Estatuto da Criança e do Adolescente, Estatuto do Idoso etc), fundados na dignidade humana.

A reforma do Código Penal Brasileiro de 84, imbuída de espírito humanitário, incrementou objetivos de ressocialização e prevenção do crime e para tanto tornou indissociável o princípio da individualização da pena, instrumentalizado pelas circunstâncias judiciais e legais do crime na dosimetria da sanção a ser aplicada. A intenção maior é mensurar ao apenado uma reprimenda destinada especialmente para ele, condizente às suas vicissitudes e aptidões a fim de descortinar novos horizontes.

Não se pode esquecer de toda construção dogmática em torno da finalidade da pena, a qual culminou num sistema que privilegia a prevenção criminal, não abandonando por completo a idéia retributivista, mas agregando aspectos construtivos e ideais de ressocialização do condenado. Neste contexto, as circunstâncias judiciais se materializam em valores não normativos, que aproximam o julgador da realidade fática.

Todavia, como percebido durante a explanação feita, é motivo de muita inquietação e assombro a maneira como vêm sendo conceituadas, mal aplicadas e desprezadas as circunstâncias judiciais e legais crime, num verdadeiro sucateamento de vital ferramenta de garantia e segurança jurídica. Não estão dispensando a elas o tratamento adequado, seja pela doutrina, se eximindo do exame mais detalhado, promovendo debates, elaborando definições claras de conteúdos tão abstratos e ditando comportamentos mais condizentes à política criminal preconizada pela Carta Magna.

Os Magistrados contribuiriam sobremaneira com a mais perfeita qualificação dos pormenores do caso e fundamentados em conformidade aos fatos constantes nos autos, sempre impulsionados à finalidade maior, uma pena justa. Dos promotores e advogados cobra-se maior zelo quanto à instrução processual disponibilizando subsídios probatórios a auxiliar o julgador.

E por fim, dos Tribunais, exige-se maior rigor quanto às motivações equivocadas, inexistentes ou viciadas. Não esquecendo jamais que a necessidade de fundamentação das decisões segundo as circunstâncias do crime é fruto do

racionalismo iluminista. Surgida como conquista liberal e garantia do cidadão no Estado de Direito, constituindo traço marcante de todas as legislações dos países do *Civil Law*³¹³.

Os problemas referentes à motivação deveriam ser tratados como questões de ordem pública, dispensando a arguição de nulidade, pois afronta a sociedade como um todo. Para o jurista Sérgio Salomão SHECAIRA, “A sentença não é um ato de fé, mas um documento de convicção racionada e as fases do cálculo de pena devem ser muito claras para que Defesa e Ministério Público tenham ciência do julgado e possam dele recorrer”³¹⁴.

Este singelo trabalho se encerra emprestando a célebre frase de Cesare BECCARIA, que sintetiza o ideal a ser perseguido por toda sociedade de bem “a pena não deve ser a violência de um ou de muitos contra o cidadão particular, devendo ser essencialmente pública, rápida, necessária, a mínima dentre as possíveis nas circunstâncias ocorridas, proporcional ao crime e ditada pela lei”³¹⁵.

E como direito assegurado constitucionalmente, caberá a Ação Impugnativa Autônoma da Revisão Criminal como forma de repudiar, a qualquer tempo, qualquer desvio deste fim.

³¹³ SHECAIRA, Sérgio Salomão. Op. cit., p. 73.

³¹⁴ Ibid., p. 80.

³¹⁵ BECCARIA, Cesare. Op. cit., p. 138.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Aplicação da Pena. **Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, v. 1, n. 3, p. 24-48, ago./set. 2000.

ANDRADE NETO, Geraldo Dutra. A Agravante Genérica. **O Estado do Paraná**, Curitiba, 27 ago.2004.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A Ilusão de Segurança Jurídica**: do controle da violência à violência do controle penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: Introdução à Sociologia do Direito Penal; Tradução Juarez Cirino dos Santos. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

BISSOLI FILHO, Francisco. **Estigmas da Criminalização**: Dos Antecedentes à Reincidência Criminal. Florianópolis: Obra Jurídica, 1998.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. 4v.

_____. O Arbítrio Judicial na Dosimetria Penal. **Revista dos Tribunais**. São Paulo. v. 85, n. 723, p. 497-505, jan./1996.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. São Paulo: Atlas, 2001.

BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

BRASIL. **Código Penal**. Organizador Luiz Flávio Gomes. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília: Senado Federal, 1988.

CARNELUTTI, Francesco. **As Misérias do Processo Penal**. Campinas: Edicamp, 2002.

CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da Pena e Garantismo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

CARVALHO, Salo. **Penas e Garantias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

COLLE, Juliana de Andrade. Critérios para a Valoração das Circunstâncias Judiciais (art. 59, do CP) na Dosimetria da pena (I). **O Estado do Paraná**, Curitiba, 24 jul.2003.

_____. Critérios para a Valoração das Circunstâncias Judiciais (art. 59, do CP) na Dosimetria da pena (II). **O Estado do Paraná**, Curitiba, 31 jul.2003.

_____. Critérios para a Valoração das Circunstâncias Judiciais (art. 59, do CP) na Dosimetria da pena (III). **O Estado do Paraná**, Curitiba, 08 ago.2003.

_____. Critérios para a Valoração das Circunstâncias Judiciais (art. 59, do CP) na Dosimetria da pena (IV). **O Estado do Paraná**, Curitiba, 14 ago.2003.

_____. Critérios para a Valoração das Circunstâncias Judiciais (art. 59, do CP) na Dosimetria da pena (V). **O Estado do Paraná**, Curitiba, 21 ago.2003.

_____. Critérios para a Valoração das Circunstâncias Judiciais (art. 59, do CP) na Dosimetria da pena (VI). **O Estado do Paraná**, Curitiba, 29 ago.2003.

_____. Critérios para a Valoração das Circunstâncias Judiciais (art. 59, do CP) na Dosimetria da pena (VII). **O Estado do Paraná**, Curitiba, 04 set.2003.

_____. Critérios para a Valoração das Circunstâncias Judiciais (art. 59, do CP) na Dosimetria da pena (VIII). **O Estado do Paraná**, Curitiba, 11 set.2003.

_____. Critérios para a Valoração das Circunstâncias Judiciais (art. 59, do CP) na Dosimetria da pena (IX). **O Estado do Paraná**, Curitiba, 19 set.2003.

Corrêa, Tatiana Machado. Crítica ao conceito funcional de culpabilidade de Jakobs. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo v. 12, n. 51, p. 207-235, nov./dez. 2004.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Poder dos Juízes**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

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

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico**. São Paulo: Saraiva, 1998. 4v.

DOTTI, René Ariel. **Bases Alternativas para o Sistema de Penas**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

D'URSO, Umberto Luiz Borges. Sursis: Uma Forma de Afastar o Homem do Cárcere. **Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, n. 4, p. 67, out./nov., 2000.

ELUF, Luiza Nagib. **A Paixão no Banco dos Réus**. São Paulo: Saraiva, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

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

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: Nascimento da Prisão**; Tradução Raquel Ramalhete. 26. ed. Petrópolis: Vozes, 1987.

GERMANO, Luiz Paulo Rosek; GIORGIS, José Carlos Teixeira (Org). **Lições de Direito Administrativo: estudos em homenagem a Octavio Germano**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

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

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **Recursos no Processo Penal: Teoria Geral dos Recursos, Recursos em Espécie, Ações de Impugnação, Reclamação aos Tribunais**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

HORCAIO, Ivan. **Dicionário Jurídico Referenciado**. São Paulo: Primeira Impressão, 2006.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Código de Processo Penal Anotado**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

JORGE, Mário Helton. Direito Penal: A Quantificação da Pena em Face das Circunstâncias. **Revista dos Tribunais**, Curitiba, v. 825, p. 435-441, jul. 2004.

KANT, Emmanuel. **Fundamentos da Metafísica dos Costumes**. Tradução Lourival de Queiroz Henkel. São Paulo: Ediouro, 1997.

KELSEN, Hans. **A democracia**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. **O problema da justiça.** Tradução de João Baptista Machado. 3. ed. São Paulo: Martins, 1998.

_____. **Teoria pura do direito.** 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LIPPMANN, Ernesto. Da Responsabilidade Civil do Estado Pelo Erro Judicial na Esfera Penal: O Artigo 5º, LXXV da Constituição e o Artigo 630 do CPP Vistos Pela Jurisprudência. **RJ.** n. 211, p. 19, Maio.1995.

LOEBMANN, Miguel. As circunstâncias atenuantes podem sim fazer descer a pena abaixo do mínimo legal. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 81, n. 676, p. 390-393, fev. 1992.

LOCHE, Adriana; FERREIRA, Helder; SOUZA, Luís; IZUMINO, Wânia. **Sociologia Jurídica.** Porto Alegre: Síntese, 1999.

MACIEL, Katherine de Macedo Mihaliuc. **Discrecionariade Administrativa e Conceitos Jurídicos Indeterminados:** Estudos em face de um Paradigma Constitucional. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004.

MARQUES, Alberto. Atenuantes e Pena Mínima. **Juris Síntese**, São Paulo, n. 33. jan./fev., 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Discrecionariade e Controle Jurisdicional.** 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal.** 15. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

MORSELLI, Élio. Função da Pena à Luz da Moderna Criminologia. **Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, n. 3, p. 5, ago./set. 2000.

NEVES, A. Castanheira. **O actual problema metodológico da interpretação jurídica.** Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da Pena.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. **Código de Processo Penal Comentado.** 5. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

PALMA, Maria Fernanda. **Direito Constitucional Penal**. Coimbra: Almedina, 2006.

PERELMAN, Chaïm. **Ética e direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. **Lógica jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

POLONI, Ismair Roberto. **Técnica Estrutural da Sentença Criminal: Juízo Comum – Juízo Especial**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002.

PRADO, Luiz Regis; BITENCOURT, César Roberto. **Código Penal Anotado e Legislação Complementar**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

PRADO, Luiz Regis. **Elementos de Direito Penal – V. 1 Parte Geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

REALE JÚNIOR, Miguel. Individualização da pena, circunstâncias legais e determinação do grau de periculosidade. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 15, n. 59, p.127-130, jul./set. 1978.

RÉGNIER, João Roberto Santos. **Discrecionalidade Administrativa: Significação, Efeitos e Controle**. São Paulo: Malheiros, 1997.

Rossetti, Janora Rocha. Reincidência e Agravamento da Pena em Delitos Contra o Patrimônio: Uma análise da jurisprudência do TACrimSP. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 77, n. 638, p. 401-403, dez. 1988.

ROXIN, Claus. **Problemas Fundamentais de Direito Penal**. Lisboa: Vega, 1970.

SANTOS, Juarez Cirino. **A Criminologia Radical**. 2. ed. Curitiba: ICPC; Lúmen Juris, 2006.

_____. **Direito Penal: Parte Geral**. Curitiba: ICPC; Lúmen Juris, 2006.

_____. **Teoria da Pena: Fundamentos Políticos e Aplicação Judicial**. Curitiba: ICPC; Lúmen Juris, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 7. ed. ver. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SCHIER, Paulo Ricardo. **Direito Constitucional: Anotações Nucleares**. Curitiba: Juruá, 2001.

_____. **Filtragem Constitucional**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. Circunstâncias do Crime. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 6, n. 23, p. 67-80, jul./set. 1998.

SOUZA, Paulo S. Xavier de. **Individualização da Pena: No Estado Democrático de Direito**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2006.

SUANNES, Adauto Alonso S. Maus Antecedentes e Elevação da Pena. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 9, n. 34, p. 285-301, abr./jun. 2001.

TAVOLARO, Douglas. **A Casa do Delírio: Reportagem no Manicômio Judiciário de Franco da Rocha**. 2. ed. São Paulo: SENAC, 2002.

TORON, Alberto Zacharias. Razoabilidade Punitiva e a Garantia do Devido Processo Legal. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 83, n. 702, p. 441-443, abr. 1994.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **Prática de Processo Penal**. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

TRISTÃO, Adalto Dias. **Sentença Criminal: Prática de Aplicação da Pena e Medida de Segurança**. 6 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

VARELLA, Drauzio. **Estação Carandiriu**. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

VIANA, Jorge Candido S.C. **Estudo Prático das Revisões Criminais**. Campinas: E. V., 1998.

VIANNA, Túlio Lima. Pena – Fixação: Roteiro Didático. **Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, v. 4, n. 19, p. 54-61, abr./maio 2003.

ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ZAFFARONI, Eugênio Raul; BATISTA Nilo; ALAGIA Alejandro; SLOKAR Alejandro. **Direito Penal Brasileiro – I**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.