

FIXAÇÃO DA PENA-BASE



**A busca pela individualização da pena
e a (in)observância do princípio da
motivação das decisões judiciais**

MAÍRA SANTOS DOS ANJOS



Criação Editora

**FIXAÇÃO DA PENA-BASE:
A BUSCA PELA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA E A (IN)
OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES
JUDICIAS**

**AUTOR
MAÍRA SANTOS DOS ANJOS**

**ISBN
978-85-8413-269-0**

**EDITORA CRIAÇÃO
CONSELHO EDITORIAL**

Ana Maria de Menezes
Christina Bielinski Ramalho
Fábio Alves dos Santos
Jorge Carvalho do Nascimento
José Afonso do Nascimento
José Eduardo Franco
José Rodorval Ramalho
Justino Alves Lima
Luiz Eduardo Oliveira
Martin Hadsell do Nascimento
Rita de Cácia Santos Souza

MAÍRA SANTOS DOS ANJOS

FIXAÇÃO DA PENA-BASE

**A busca pela individualização da pena
e a (in)observância do princípio da
motivação das decisões judiciais**



Criação Editora
Aracaju | 2022

Copyright 2022 by Maíra Santos dos Anjos

Grafia atualizada segundo acordo ortográfico da
Língua Portuguesa, em vigor no Brasil desde 2009.

Projeto gráfico
Adilma Menezes

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Tuxped Serviços Editoriais (São Paulo, SP)
Ficha catalográfica elaborada pelo bibliotecário Pedro Anizio Gomes - CRB-8 8846

A599f Anjos, Maíra Santos dos.
Fixação da pena-base: a busca pela individualização
da pena e a (in)observância do princípio da motivação das
decisões judiciais / Maíra Santos dos Anjos. – 1. ed. – Aracaju,
SE : Criação Editora, 2022.
88 p.
E-Book: PDF,
Inclui bibliografia.
ISBN 978-85-8413-269-0.

1. Artigo 59. 2. Individualização da Pena. 3. Princípio da Mo-
tivação. I. Título. II. Assunto. III. Autora.

CDD 341.5
CDU 343.241

ÍNDICE PARA CATÁLOGO SISTEMÁTICO

1. Código de Direito Penal.
2. Direito Penal: Penalidades.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, e com amor inigualável, a meus pais, meus maiores orientadores nessa jornada de estudos até aqui cumprida (e que está longe de acabar). Obrigada por todo o conforto nos momentos de preocupação; e pelo esforço sem tamanho, que refletiu a conquista de objetivos e sonhos.

À minha irmã e a Tucas, que me concedem carinho e apoio a cada obstáculo.

A Machadinho, meu parceiro, meu amor.

Sem o seu incentivo e de sua família, a publicação deste trabalho não seria possível.

Finalmente, meus sinceros agradecimentos à Professora Aline, pelas orientações tão precisas, pela organização e preocupação com a qualidade do meu texto.

Obrigada principalmente pela indicação das obras que mais inspiraram este trabalho.

Sumário

1. Introdução.....	9
2. Análise histórica, social e política do sistema criminal.....	11
3. A aplicação de penas individualizadas: do princípio constitucional ao sistema trifásico do cálculo penal.....	25
3.1 O princípio da individualização da pena.....	25
3.2 Critérios utilizados na individualização judicial da pena.....	31
3.2.1. Fixação da pena-base: as circunstâncias judiciais do artigo 59, <i>caput</i> do código penal.....	41
4. Determinação da pena e atividade judicial.....	54
4.1. O princípio da motivação das decisões judiciais e a fixação da pena.....	54
4.2. Dosimetria penal e práxis judiciária.....	64
5. Conclusão.....	80
Referências.....	86

I. INTRODUÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso está voltado para a discussão acerca da problemática inserida no sistema criminal brasileiro em razão de uma desmedida busca pela individualização da pena, esta que restou positivada no ordenamento jurídico por meio da Constituição Federal, que a previu como princípio-garantia em seu artigo 5º, inciso XLVI, e que, por força dessa previsão constitucional, restou regulamentada no artigo 59 do Código Penal.

Por meio de uma análise inicial acerca do sistema criminal, que permitirá o entendimento sobre suas questões históricas, sociais e políticas, será possível partir para um estudo aprofundado sobre o princípio da individualização da pena, contextualizando-o através de marcos importantes na história do Direito Penal Brasileiro, de forma a entender que esse princípio foi firmado gradualmente, à medida em que a figura do criminoso passou a ser destacada em meio ao âmbito criminal.

Nesse sentido, ao lado da boa aparência que a ideia de *dar a cada um a pena que merece* confere ao fim de individualizar a pena, visto que (aparentemente) lhe atribui um propósito de justiça, será esclarecido um outro quadro, no qual o referido princípio-garantia assume a postura de catalisador na construção do perfil do infrator como delinquente.

Direcionando essa abordagem para a atividade judicial de aplicação da pena, apontar-se-ão todas as etapas que compõem o pro-

cedimento de dosimetria, com especial atenção para a primeira fase do cálculo penal, visto que foram previstas no artigo 59 do Código Penal, para o momento da fixação da pena-base, diretrizes com alto grau de subjetividade, incerteza, abstração e que não restaram definidas pelo legislador, deixando ao julgador, assim, uma margem muito ampla de discricionariedade.

Serão focados os detalhes de cada uma das circunstâncias judiciais inseridas nesse dispositivo de lei, o que resultará na constatação de que muitas delas não guardam relação com o fato delitivo cometido, desenhando uma verdadeira culpabilidade do autor.

Em razão de tamanho arbítrio deixado ao magistrado, a tarefa de determinação da pena-base acaba sendo alvo de um poder que se sobrepõe à racionalidade no processo, traduzindo arbitrariedade. Dessa forma, inevitável que se tome o rumo, neste estudo, da discussão sobre essa atuação dos julgadores – inclusive com a citação de casos práticos (a título meramente ilustrativo) incidentes sobre o problema existente na primeira etapa de fixação das reprimendas –, sob a ótica da (in)observância do princípio constitucional da motivação das decisões judiciais, visto ser essa a forma de controle e de legitimação sobre todo esse poder que é dado ao juiz no âmbito de processo penal.

2. ANÁLISE HISTÓRICA, SOCIAL E POLÍTICA DO SISTEMA CRIMINAL

Antes de se avançar rumo à discussão objeto deste trabalho, cujo cerne é o artigo 59 do Código Penal Brasileiro, é válido que seja feita uma análise acerca de aspectos históricos, sociais e políticos que contextualizam o sistema criminal. Trata-se de uma breve, mas fundamental abordagem sobre questões que visam a interpretar o processo de criminalização, a partir da atividade punitiva do Estado, decifrando, dentro desse contexto, os mitos que cercam as figuras do crime e do criminoso.

Michel Foucault propõe um eixo de pesquisa que relaciona, historicamente, os domínios do saber às práticas sociais, de forma a compor o entendimento acerca da “[...] constituição de um sujeito que não é dado definitivamente [...], mas de um sujeito que se constitui no interior mesmo da história, e que é a cada instante fundado e refundado pela história” (2005, p. 9-10).

Nesse sentido, Foucault ensina que as práticas judiciárias estariam inseridas dentro dos mecanismos utilizados na construção daqueles domínios do saber e, por consequência, na esfera da prática penal, foram construídas – ao longo do processo constitutivo do direito penal – o que o renomado professor chamou de formas de saber ou formas de verdade.

Orientando-se pela coerência que reside nessa ideia de conhecimento inventado, seria possível visualizar as figuras do crime e

do criminoso, assim como a pena e sua forma de aplicação, como meras fabricações legais, que surgem num certo local e em determinado tempo, a partir das necessidades e interesses políticos e econômicos de uma formação social. É o que se infere das precisas lições de Maria Lúcia Karam:

O controle social formal manifestado no poder do Estado de punir estrutura-se em um sistema que se materializa através da seleção de determinadas condutas conflituosas ou socialmente negativas, que, por intervenção da lei penal, recebem a qualificação de crimes (KARAM, 2004, p.72).

Nesse sentido, Karam acrescenta sobre a existência de vários outros fatos socialmente negativos que não são tipificados pela legislação penal, mas traduzem violência e insegurança de forma, inclusive, mais gravosa que os crimes individualmente considerados. Assim, considere-se a situação de pobreza extrema gerada, em inúmeros países, pela política que concentra recursos em privilegiadas mãos e marginaliza inúmeras pessoas, estas privadas de seus direitos sociais.

Ocorre, no entanto, que tais situações conflituosas são ocultadas pelo discurso norteador do sistema criminal, permeado de forte carga emocional, que desvia os olhares de condenação para o criminoso e o delito por ele cometido, de modo que a criminalidade se torna o próprio espelho daqueles sentimentos de violência e insegurança.

Neste ponto, indispensável a retomada dos ensinamentos de Foucault sobre o saber relacionado às práticas sociais:

Se quisermos realmente conhecer o conhecimento, saber o que ele é, apreendê-lo em sua raiz, em sua fabricação, devemos nos aproximar, não dos filósofos mas dos políticos, devemos compreender quais são as relações de luta e de poder – na maneira como as coisas entre si, os homens entre si se

odeiam, lutam, procuram dominar uns aos outros, querem exercer, uns sobre os outros, relações de poder – que compreendemos em que consiste o conhecimento (FOUCAULT, 2005, p. 23).

O contexto social desenvolvido em meio ao capitalismo pós-industrial (final do século XX) reflete com excelência a influência direta dos aspectos componentes do quadro social de uma época na atividade punitiva estatal, demonstrando como as relações de poder são determinantes para a criação de formas de verdade na esfera do sistema criminal.

A doutrina neoliberal que marca esse período, defensora da mínima intervenção do Estado na economia, é palco, segundo Karam (2004), para o grande progresso tecnológico-científico e intensificação do desenvolvimento das forças produtivas, que acabam provocando um aumento considerável da desigualdade de classes e, por dependência, a exclusão dos mais empobrecidos do mercado de trabalho.

Nessa esteira, percebe-se que essa estrutura capitalista globalizada acaba por desencadear um intenso desequilíbrio nos âmbitos social e econômico, gerando a necessidade de aumento do controle social – buscando assegurar a coesão social – “[...] a reavivar as premissas ideológicas de afirmação da autoridade e da ordem, fazendo surgir, à direita e à esquerda, uma opção preferencial pela reação punitiva, que abre espaço para uma desmedida ampliação do poder do Estado de punir” (KARAM, 2004, p. 71).

Vera Malaguti Batista (2011), com peculiar propriedade, sustenta a análise crítica que enxerga o delito como uma construção social, detentora de sólidos laços com a política da sociedade capitalista. Pertinentes as palavras da autora:

A questão criminal se relaciona então com a posição de poder e as necessidades de ordem de uma determinada classe so-

cial. Assim, a criminologia e a política criminal surgem como um eixo específico de racionalização, um saber/poder a serviço da acumulação de capital. A história da criminologia está, assim, intimamente ligada à história do desenvolvimento do capitalismo (BATISTA, 2011, p. 23).

Verifica-se, desse modo, que as pregações neoliberais revelam uma estrutura capitalista que se utiliza de mecanismos na esfera criminal (com aumento desordenado do número de crimes e do número de presos), como foco de controle dos problemas gerados por essa mesma formação social capitalista.

Nesse cenário, as condutas denominadas de crime e os ditos criminosos constituem – através das crenças divulgadas pelo discurso penal – a concentração do perigo, do mal que aflige a sociedade, e que deve ser combatido pelo poder estatal que, apesar de sua mínima intervenção econômica, apresenta-se sobremaneira no que diz respeito à atividade punitiva da época.

Saindo da perspectiva do capitalismo pós-industrial, importante que se faça uma rápida abordagem da questão criminal em alguns dos séculos anteriores, a começar pela Idade Média. Nesta fase, mediante a conjugação entre o Estado absolutista e a Igreja Católica, foram reproduzidas cenas de um direito penal (canônico) do horror, com penas desarrazoadas – se é que se pode falar em razoabilidade em se tratando de pena –, levadas a efeito em praça pública.

Interessante a observação que traz José Antonio Paganella Boschi (2011), citando Foucault, a respeito da contribuição dos próprios governantes do medievo, no sentido da substituição do direito medieval, por motivo do receio dos mesmos de que a população se revoltasse contra o Soberano e seu poder punitivo:

Com efeito, o testemunho das execuções pelo povo insatisfeito poderia estimular a recusa ao poder punitivo e, eventual-

mente, turbinar a revolta contra o Poder do Rei, com sério risco de transformar em heróis os próprios criminosos. [...] Assim, ao “suavizarem” as penas, os gestores da Reforma, quiseram, também, reduzir os riscos da ira do povo contra o poder absoluto do Rei. “Suavizar” e “humanizar” os suplícios representava, então, na base da Reforma, uma nova economia e uma nova tecnologia do poder de punir (BOSCHI, 2011, p. 82).

Percebe-se, com clareza, como é contínuo – no tempo e no espaço – o elo entre o poder e a pena; durante o período medieval, ou mesmo diante da queda do direito canônico, que restou substituído por outro bem mais moderno – desvinculado da participação da Igreja –, a reação punitiva tem suas formas definidas com base nos interesses daqueles que concentram o poder em suas mãos.

Com o desfecho da Idade Média, verifica-se a ascensão da burguesia, compondo-se um quadro de direito penal do liberalismo garantista, marcado pelas teses iluministas, quando “[...] surge a ideia da legalidade, da proteção dos direitos, enfim, de uma teoria limitadora do poder punitivo, embora justificadora dele [...]” (BATISTA, 2011, p. 37).

Boschi (2011) ensina que a proposta do garantismo é afirmar a natureza retributiva da pena, que se apresenta como limite ao poder do Estado de punir, proteção ao condenado contra a vingança da vítima e da sociedade e, ao mesmo tempo, prevenção para fins de evitar o cometimento de novos delitos.

Finalizando essa breve análise histórica sobre o ato da punição, há que se destacar as particularidades do século XIX, momento em que a figura do criminoso ganha papel de destaque, tendo em vista o entendimento de que o fato do crime estaria diretamente ligado ao caráter biológico do infrator.

Foucault (2005) lembra que foi durante esse período que se deu o surgimento da prisão, quase por acaso, como uma instituição de fato, sem que houvesse, previamente, portanto, qualquer funda-

mentação no campo teórico. Além disso, o professor salienta o direcionamento da lei penal, nesse tempo, para a figura do indivíduo, no sentido de destacar, para fins de crime e pena, a periculosidade do criminoso (aqui, novamente tem espaço a ideia do saber inventado), afastando-se do maior apego ao ato em si por ele praticado.

[...] Toda a penalidade do século XIX passa a ser um controle não tanto sobre se o que fizeram os indivíduos está em conformidade ou não com a lei, mas ao nível do que podem fazer, do que são capazes de fazer [...] Assim, a grande noção da criminologia e da penalidade em fins do século XIX foi a escandalosa noção, em termos de teoria penal, de periculosidade. [...] Vigilância permanente sobre os indivíduos por alguém que exerce sobre eles um poder (...) e que, enquanto exerce esse poder, tem a possibilidade tanto de vigiar quanto de constituir, sobre aqueles que vigia, a respeito deles, um saber. Um saber que tem agora por característica não mais determinar se alguma coisa se passou ou não, mas determinar se um indivíduo se conduz ou não como deve, conforme ou não à regra, se progride ou não, etc. (FOUCAULT, 2005, p. 85-88).

Ainda que as lições supracitadas tenham como referência século anterior, interessante como essa noção de periculosidade do indivíduo, enquadrado como criminoso, perdura em meio aos tempos atuais.

Como se verá adiante, o artigo 59, *caput*, do Código Penal que vigora no Brasil, prevê as chamadas circunstâncias judiciais, as quais devem ser observadas no momento da determinação da pena-base – primeira fase da dosimetria da pena. Tais circunstâncias estão ligadas a aspectos extremamente subjetivos do condenado, como a personalidade e a conduta social, o que nos remete àquele destaque dado ao criminoso no século XIX, em razão do apego à ideia de periculosidade a ele intrínseca.

Levantado o contexto histórico envolvendo a questão crimi-

nal, imprescindível reservar um espaço para a discussão acerca da motivação que engendra a atividade punitiva do Estado. Maria Lúcia Karam (2004) aponta que várias foram as teorias originadas na tentativa de fundamentar, de legitimar o ato da punição, afirmando que teriam sido todas elas baseadas nas ideias de retribuição e de prevenção.

A teoria da retribuição defende a punição como verdadeira compensação em face do fato do crime; praticado o delito, o criminoso deve ser castigado. Há que se inferir, contudo, que essa noção da pena não possui qualquer utilidade social. Não há como compensar os danos trazidos por um homicídio – tome-se como exemplo –, restringindo-se integralmente a liberdade do condenado. O sofrimento, os danos, não vão deixar de existir, uma vez que não há como apagar os efeitos deixados pelo delito.

Nessa esteira, coerente o pensamento de Karam, que entende ser inviável o “[...] esclarecimento da razão pela qual o mal deveria ser compensado com outro mal de igual proporção: se o mal é algo que se deseja ver afastado ou evitado, por que se deveria reproduzi-lo, por que se deveria insistir nele com a pena?” (Idem, p. 81).

Quanto à teoria da prevenção, deve-se, a princípio, destacar as suas derivações: prevenção geral negativa, segundo a qual a utilidade da pena reside na ameaça geral que leva as pessoas ao não cometimento do delito; prevenção geral positiva, que vê a pena como um incentivo para que os membros da sociedade respeitem as leis; e prevenção especial – direcionada ao criminoso – que sustenta ser a pena útil para que o condenado se abstenha de praticar novos crimes.

Imprescindível citar a autora para falar de sua crítica também à teoria da prevenção. Ela defende, primeiramente, nunca ter se comprovado a abstenção das pessoas, quanto à prática de delitos, pelo fato de existir uma ameaça traduzida na cominação da reação punitiva pela lei penal.

Ademais, aduz que somente sob um ângulo perverso do ato de punir seria possível visualizar a eficácia dessa ideia de prevenir que o condenado venha a delinquir novamente; ou seja, apenas com a aplicação das inadmissíveis pena de morte e prisão perpétua, por exemplo, é que se garantiria a efetividade da prevenção especial, pelo que se percebe não ser possível chegar a qualquer resultado coerente por essa linha de pensar.

Ainda que esta última teoria seja visualizada na vertente da ressocialização, não se chegaria a qualquer solução. Isso porque é impraticável levar a efeito essa ressocialização do condenado, levando-se em conta que a prisão se constitui na peça-chave do sistema criminal. A privação da liberdade, não restam dúvidas, é completamente incompatível com a tentativa de ressocializar o indivíduo.

Karam (2004) afirma que as referidas teorias não são capazes de fundamentar e legitimar a reação punitiva, que se mostra desprovida de idoneidade para resolver, de fato, os conflitos, sendo uma mera causadora de mais dores e sofrimento. Segundo ela, “[...] a pena, na realidade, só se explica – e só pode se explicar – em sua função simbólica de manifestação de poder e em sua finalidade não explicitada de manutenção e reprodução deste poder” (Idem, p. 82).

Apesar da nítida invalidade dessas teorias que visam a fundamentar e legitimar a pena, o artigo 59 do Código Penal Brasileiro, como será analisado posteriormente, dispõe que a aplicação da sanção penal, qualitativa e quantitativamente, deverá ser suficiente para os fins de reprovação e prevenção delitiva. Demonstra-se, assim, que o controle exercido através da atividade punitiva estatal continua sem real explicação, não havendo como se concluir pela sua utilidade social.

Na esfera da política criminal de drogas, a ineficácia e as reais função e finalidade da pena ficam evidentes. Vera Malaguti Batista (2004) discute com primor essa questão, que ocupa espaço de destaque dentro do sistema criminal, afirmando o fracasso da atuação

estatal, que acaba por compor quadro de intensa estigmatização da figura do traficante – o qual, a partir dos conceitos de ordem e de segurança pregados pela ditadura, passa a ser visto sob o estereótipo de inimigo interno – e criminalização da juventude paupérrima que reside nas favelas.

Numa análise baseada no período que se sucede após o fim da ditadura militar, a autora relata:

[...] Trabalhando a *transição democrática* na saída da ditadura pude analisar a combinação do fortalecimento do consumo de drogas ilegais pela classe média e a contrapartida do recrutamento da mão-de-obra das periferias atiradas aos difíceis ganhos fáceis da venda ilegal da mercadoria. O olhar bélico sobre o problema e seus efeitos legais propiciou um aumento progressivo da entrada de jovens no sistema penal por atos infracionais relacionados à droga. O sistema penal, que é sempre uma máquina seletiva, tratou de produzir sua estigmatização dualista: para os meninos de classe média presos, o estereótipo médico e para os meninos pobres, o estereótipo criminal” (Idem, p. 157, grifo da autora).

Um contingente considerável de jovens “favelados” inseridos no sistema criminal, os quais, por problemas estruturais da formação social, praticamente já nascem destinados ao tráfico e consumo de drogas; o flagrante aumento do cultivo, consumo e da violência e corrupção envolvidos na questão. Trata-se de problemas que demonstram a já comentada inidoneidade da atividade punitiva do Estado, tornando-a claramente ilegítima e sem fundamento.

É uma alarmante política criminal, essa das drogas, que vem acompanhada de um discurso tão dramático e amedontrador – como é de costume do próprio sistema que envolve os delitos –, que não há quem duvide de uma periculosidade intrínseca àqueles envolvidos no tráfico. O “[...] aumento explosivo das execuções policiais e a naturalização da tortura. Tudo é normal se o alvo é o

traficante nas favelas” (Idem, p. 158).

Nesse âmbito da questão criminal envolvendo as drogas, assim como em todo o sistema criminal, a pena privativa de liberdade aparece como base para a “[...] construção e propagação da imagem do criminoso – visto como o outro, o perigoso, o inimigo, o mau – [...]” (KARAM, 2004, p. 83), permitindo a manutenção e a reprodução da estrutura de poder que envolve a sociedade.

Ainda no sentido de se demonstrar a real serventia das sanções penais dentro de uma formação social, interessante elucidar consideração acerca da instituição das chamadas penas alternativas. Nesse rumo, o artigo 59, inciso IV, do Código Penal Brasileiro normatiza a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por outra espécie, desde que obedecidas às exigências previstas no artigo 44 do mesmo diploma legal.

Em que pese a redação do texto de lei (art. 59, IV, do CP), que se utiliza da palavra “substituição”, as penas alternativas não tomaram o lugar ocupado pela prisão, que continua como centro de todo o sistema criminal. Verdadeiramente, tais espécies de punição surgiram “[...] como um meio paralelo de ampliação do poder do Estado de punir” (Idem, 2004, p. 88).

Desse modo, constata-se que, apesar de mascaradas pela ilusória justificativa de humanização, as penas alternativas possuem as mesmas função e finalidade da privação da liberdade, ambas relacionadas com a perpetuação do poder, o qual, pela própria natureza da sociedade capitalista, concentra-se nas mãos de poucos privilegiados.

Não há como negar, acrescente-se, que as penas substitutivas muitas vezes amenizam a situação do condenado. Ocorre, no entanto, que não se pode deixar de afirmar a real motivação para o seu surgimento, a qual se esconde por trás de um discurso baseado no princípio constitucional da humanidade. Este discurso aparenta conferir legitimidade e fundamentação às sanções penais (cria-se a

inválida crença de que as penas não são mais as horrendas reações que os antigos propunham diante do crime e que elas agora são justas e se justificam), possibilitando maior aceitação social da atividade punitiva do Estado.

Situação semelhante ocorre no âmbito dos Juizados Especiais Criminais, cuja competência está voltada para o julgamento dos delitos de menor potencial ofensivo. Dispondo de um procedimento muito mais simples – sumaríssimo –, e, por lógica, mais célere, trata-se de esfera do sistema criminal que, por lidar com questões de “menor importância”, levando-se em conta os bens jurídicos ofendidos pelo ato praticado, visa a desafogar o Judiciário, o qual tem na morosidade sua marca registrada.

Todos esses aspectos são extremamente válidos – e, na prática, realmente é possível visualizar algum resultado –, até que se perceba a situação sob ângulo diverso. Neste momento, enfrenta-se o questionamento primeiro que recai sobre a necessidade de se criminalizar condutas em sua maioria capazes de serem resolvidas em outros âmbitos do direito – como o Civil – nos quais, a vítima, inclusive, pode ser reinserida em um dos polos da relação jurídica, protagonizando o desfecho de uma situação que diz respeito à sua própria vida.

Deve-se perguntar, então, sobre a utilidade social que se extrai, ou não, da intervenção judicial em fatos da vida cotidiana, que sempre foram resolvidos pelos próprios particulares envolvidos. Ora, conclui-se, não restam dúvidas de que as necessidades de manutenção e reprodução do poder estão inseridas, também, nesse âmbito dos Juizados Especiais Criminais.

De um lado a inutilidade do mecanismo criminal, outra verdade é que, contrariamente à ideia de justiça que se prega, o sistema, visto especialmente sob a ótica do capitalismo, cada vez mais moderno e globalizado, é um grande potencializador da desigualdade característica de nossa formação social, vez que consolida a concentração de poder e, ao mesmo tempo, a marginalização daqueles que com-

põem as classes subalternas, aos quais essa estrutura social reserva os destinos do crime e da pena. Tudo, então, permanece em ordem.

Karam (2004) discorre sobre a injustiça que permeia o sistema criminal, sustentando que seu foco mais acentuado se encontra justamente na destinação da reação punitiva estatal, prioritariamente, aos excluídos socialmente. Nesses termos, ela afirma que “[...] a distribuição do *status* de criminoso, feita através de sua imposição, haverá de obedecer às regras básicas de distribuição de bens, vigentes naquela determinada formação social” (2004, p. 93).

Mas a jurista também lembra que, além da injustiça decorrente da seleção de criminosos inseridos nas classes subalternas, existe uma outra filtragem, de modo que, dentre esses ditos delinquentes, somente alguns sejam realmente individualizados e venham a cumprir pena. Ela explica:

[...] para a real eficácia do sistema penal é imperativa a individualização de apenas alguns deles, para que, sendo exemplarmente identificados como ‘criminosos’, possam emprestar sua imagem à personalização da figura do mau, do inimigo, do perigoso, e, assim, possibilitar, simultânea e convenientemente, o reconhecimento dos ‘cidadãos de bem’ e a ocultação dos perigos e dos males que sustentam a estrutura de dominação e poder. (KARAM, 2004, p. 90).

Devido à existência dessa seletividade, indiscutível a invalidade do festejado discurso sobre a impunidade. Veja-se, a punição de apenas alguns delinquentes – que servem de bodes expiatórios, a incorporar a figura do mal que a estrutura capitalista quer ver completamente individualizado – é característica inerente ao próprio sistema criminal; sem ela, portanto, ele não funcionaria.

Completando esse pensamento, indispensáveis as lições de Batista (2011), que cita Alessandro Baratta, no momento textual em que ela aborda a importância da pesquisa dos chamados crimes do colarinho branco para a visualização de uma distorção estatística. A autora argu-

menta que, a partir dessa análise, verifica-se a existência de um quadro de distribuição da criminalidade que não condiz com a realidade.

Nesse sentido, apesar da existência de uma gama considerável desses crimes do colarinho branco, já se sabe que o sistema criminal seleciona condutas e indivíduos para punir efetivamente. Como essa seleção vai recair sobre as camadas desfavorecidas socialmente, são formados rótulos, estereótipos sobre as figuras do crime e do criminoso, este que passa a ser facilmente reconhecido na sociedade, necessariamente em razão de sua condição social. É a criação da falsa ideia de que a origem e perpetuação dos crimes ocorrem em meio a essa camada marginalizada.

Com base nos ensinamentos de Karam (2004), podemos concluir, como consequências ou injustiças do sistema criminal: os desvios de atenção, aqui já mencionados, que ocultam os problemas sociais estruturais – que são, inclusive, mais violentos que as ações individualizadas dos ditos criminosos; a adoção de uma postura que afasta a procura por soluções com real eficácia no âmbito do controle social; os danos causados àqueles selecionados para cumprir a sanção penal, os quais, ao contrário de serem ressocializados, interiorizam o rótulo de “criminosos”, tornando-se indivíduos ainda mais marginalizados, e, portanto, mais suscetíveis a se entregarem novamente ao cometimento de delitos.

Diante da existência de tamanhos problemas envolvendo a questão criminal, é coerente e imprescindível que mudanças passem a ser consideradas, as quais somente teriam grande eficiência se levadas a efeito de forma radical. Por essa razão, vários são os defensores do processo de descriminalização, visando a culminar no abolicionismo do sistema criminal.

A nossa formação capitalista estrutura-se de tal forma, que se exige, por certo, um controle social estatal. Criminalizar e aplicar penalidades constituem possibilidades, dentre outros vários mecanismos, pelas quais se exerce esse controle.

Tendo em vista os inúmeros problemas já visualizados no processo de criminalização e, por consequência, de penalização, acrescidos pelo fato da inidoneidade do sistema para resolver os conflitos a que se propõe, há que se optar por aquelas outras modalidades de controle, excluindo-se a esfera composta pelas sanções penais.

Vale ressaltar, com fulcro nas lições de Karam (2004), que o processo de descriminalização tanto pode envolver a aceitação de determinada conduta, antes tipificada como delito, como pode se referir à substituição dos mecanismos de controle, supracitada, caso em que a situação permanece considerada como fato socialmente negativo, a merecer vigilância por parte do Estado.

A renomada autora ainda aprofunda o tema com peculiar reflexão:

Não é, pois, apenas o desejável aprofundamento da democracia, no sentido de sua construção mais participativa, mais igual, mais solidária, mais livre, que está a recomendar uma imperativa inversão dos rumos repressivos das formações sociais do capitalismo pós-industrial e globalizado. A inversão destes rumos repressivos, de forma a viabilizar a imediata criação de mecanismos garantidores de uma máxima contenção do poder do Estado de punir, é, antes disso, exigência que decorre da própria necessidade de preservação do Estado Democrático de Direito (KARAM, 2004, p. 102-103).

Nesse processo de pensar e repensar a questão criminal, para fins de mudanças estruturais, a mídia se constitui em grande barreira a ser ultrapassada, visto que, por meio de um discurso sensacionalista e amedontrador, “[...] produz um senso comum que nós chamamos de *populismo criminológico*” (BATISTA, 2011, p. 100, grifo da autora). Por isso tão importante desmontar e analisar toda a estrutura formadora do sistema criminal, de modo que sejam conhecidas as facetas que permeiam o crime, o criminoso e, claro, a pena.

3 A APLICAÇÃO DE PENAS INDIVIDUALIZADAS: DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL AO SISTEMA TRIFÁSICO DO CÁLCULO PENAL

3.1 O PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

A ideia de individualização da sanção punitiva nasce, através das práticas sociais judiciárias, para fins de adequação da aplicação da pena ao crime em concreto e à figura do condenado, considerando-se as circunstâncias que traduzem as suas particularidades. Positivada no artigo 5º, XLVI, da Constituição Federal de 1988¹, como princípio-garantia, firmou-se gradualmente, à medida que a figura do criminoso ganhou especial destaque no palco do sistema criminal. Nesse sentido, as lições de Boschi:

O princípio surgiu a partir de diversas reformas que foram estabelecidas no direito penal, baseadas em concepções afirmadas por ilustres pensadores. Passou a se considerar o “homem certo, e não o imaginário homem médio”, avaliando-se as peculiaridades do caso concreto. O indivíduo, dentro da perspectiva moderna, passou a ser situado “no centro do drama penal” (BOSCHI, 2011, p. 145).

¹ Artigo 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. Brasília: 1988).

O artigo 59 do Código Penal (que será analisado com precisão), regulamentando o conteúdo normativo previsto no dispositivo constitucional supracitado – prerrogativa esta que lhe foi conferida pelo próprio texto da Constituição –, prevê uma série de diretrizes, a serem utilizadas pelo magistrado quando da fixação da pena. Estas diretrizes revelam características inerentes ao fato do crime e, de maneira especial, ao infrator, de modo a conduzir o julgador para o objetivo da individualização da pena.

A tarefa de individualizar confere ao juiz um amplo arbítrio no momento da definição do tipo e da medida da sanção, o qual, é preciso esclarecer, não pode ser confundido com qualquer arbitrariedade, visto que o magistrado está adstrito a limites legais e constitucionais e a sua sentença deverá, necessariamente, ser motivada, sob pena de nulidade (como se verá mais adiante).

Desse modo, constata-se que o princípio-garantia da individualização da pena resta flagrantemente ofendido quando a atividade judicial, na esfera penal, resulta “[...] sentenças *padronizadas*, que servem para ‘resolver’ todos os casos, para quantificar todas as penas, independentemente das peculiaridades do fato e das singularidades de seus agentes” (BOSCHI, 2011, p. 145, grifo do autor).

É preciso destacar que nem sempre a referida atividade judicial esteve permeada de tamanha margem de discricionariedade, e muito menos com a utilização de critérios tão variados e abrangentes como os previstos pela atual redação do artigo 59 do CP. Como já afirmado, a história do direito penal brasileiro rumo à individualização da pena ocorreu gradualmente, e houve um tempo em que o julgador tinha o seu poder excessivamente limitado, no momento da definição da reprimenda, funcionando como figura meramente aplicadora do texto legal.

Nesse rumo, Leonardo Massud aponta a mudança estrutural havida, com o advento do Código Penal de 1940 – ainda vigente –, no campo da atividade judicial relacionada à fixação da sanção punitiva:

Longe das fórmulas aritméticas, o Código de 1940 ampliou extraordinariamente o arbítrio judicial, disponibilizando ao magistrado um autêntico roteiro de investigação das circunstâncias fáticas do crime e da pessoa do réu, permitindo-se, com isso, o exercício verdadeiro da tarefa de individualizar a pena, cuja fixação, agora, prendia-se tão somente aos limites da moldura dos tipos penais, ou seja, aos marcos mínimo e máximo da reprimenda (MASSUD, 2009, p. 139).

A exposição de motivos da nova Parte Geral do Código Penal Brasileiro (com base nas alterações trazidas pela Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984) trouxe, no bojo de seus itens 49 e 50, a individualização da pena como objetivo a ser assegurado por meio de critérios definidos como (mais) abrangentes e precisos – afirmados no artigo 59 do CP –, a fim de se optar por uma pena necessária e eficaz, no âmbito de sua fixação qualitativa e quantitativa, para a reprovação e a prevenção da conduta criminosa.

Apesar do que previu a dita exposição de motivos, importante lembrar que, em verdade, as ideias de prevenção e reprovação, trazidas pelo artigo 59, não são capazes de justificar, de modo suficiente, a atividade punitiva do Estado. Não são esses, destaque-se, os reais objetivos da aplicação penal, que, conforme as lições de Karam (2004) – abordadas no capítulo anterior –, só se explica em sua função de manifestação de poder e em sua finalidade de manutenção e reprodução deste mesmo poder.

Válido salientar que o processo de individualização não se restringe ao momento da aplicação da pena, concretizando-se, em verdade, por meio de três fases. A primeira delas consiste na etapa legal, em que o legislador define as condutas a serem tipificadas em abstrato, cominando-lhes penas com limites mínimo e máximo. Rogério Greco afirma:

É a fase na qual cabe ao legislador, de acordo com um critério político, valorar os bens que estão sendo objeto de proteção

do Direito Penal, individualizando as penas de cada infração penal de acordo com a sua importância e gravidade (GRECO, 2009, p. 71).

A segunda etapa é levada a efeito no âmbito do caso concreto, por meio da atividade do aplicador da lei, que, através de uma sentença condenatória, fixará a pena, qualitativa e quantitativamente (visualizando os limites estabelecidos para o tipo penal), com base no método trifásico da dosimetria. Dessa forma, serão consideradas as circunstâncias judiciais (discutidas, detalhadamente, em outro tópico), as atenuantes e agravantes e as causas de aumento e de diminuição – nessa ordem.

Por fim, a terceira fase, que se realiza pelo juiz da execução, limitado ao estabelecido na sentença penal condenatória e, nos dizeres de Boschi, “[...] *em acordo com o programa individualizador* (art. 6º da Lei 7.210/84) do tratamento penitenciário” (2011, p. 150, grifo do autor).

Em consonância com os dizeres insertos no artigo 5º da Lei nº 7.210/84 (Lei de Execução Penal), a individualização na etapa executória é orientada pela classificação dos condenados, de acordo com os seus antecedentes e personalidade. Ora, se a aplicação da pena não pode ser igual para todos os infratores, da mesma forma restou determinado para a execução da sanção punitiva.

Há que se observar que o ato da individualização penal está diretamente ligado aos princípios da personalidade e da proporcionalidade. Isso “[...] porque, em conjunto, os três direcionam a imposição da pena certa e nos limites do necessário à retribuição e à prevenção dos ilícitos penais só ao autor do fato [...]” (BOSCHI, 2011, p. 49).

O artigo 5º, XLV, da Constituição Federal, preconiza que “nenhuma pena passará da pessoa do condenado [...]”, consagrando, assim, o princípio da personalidade. A proporcionalidade, por sua vez, transmite a ideia de equilíbrio entre a gravidade do fato praticado e a in-

tensidade da punição, que deve ser observado tanto pelo legislador, na cominação em abstrato dos delitos e das reprimendas, como pelo julgador, na imposição em concreto da sanção penal.

Não há como se pensar, portanto, num efetivo caminho rumo à individualização sem considerar que o tipo penal cominado na lei guarda relação de proporcionalidade com os limites da pena a ele correspondentes; ou sem a certeza de que a sanção que haverá de ser aplicada a um determinado criminoso seja razoável, levando-se em conta o contexto em que foi praticado o fato do delito; e, finalmente, sem que a penalidade venha a ser cumprida pelo condenado, e apenas por ele.

Além dos já citados princípios da personalidade e da proporcionalidade, também se relaciona diretamente com a individualização penal a ideia de isonomia, no sentido de desigualar os desiguais, na medida de sua desigualdade. Somente é possível a um julgador aplicar uma pena necessária e suficiente se forem consideradas as particularidades (circunstâncias objetivas e subjetivas) do autor e do fato delitivo.

Nesse sentido, o sistema normativo penal propicia ao aplicador da penalidade, através do que regulamenta o artigo 59 do Código Penal (assim como o artigo 29, que também está voltado para o objetivo da individualização, pelo fato de se preocupar com a medida da culpabilidade do agente que concorre para o cometimento de um delito) e nos dispositivos que regulamentam as agravantes, atenuantes e causas especiais de aumento e diminuição de pena, as condições necessárias para conciliar igualdade e diferença. É o que se afirma em Boschi (2011).

Em que pese a importância que se atribui à individualização da pena, que é tão claramente festejada em razão do propósito de justiça que aparenta carregar, imprescindível sejam feitas outras considerações, estas não tão evidentes, acerca do contexto que o dito princípio reflete.

Com atenção especial voltada para o artigo 59 do Código Penal, este responsável pela normatização das circunstâncias a serem observadas na fixação da pena-base, não há como negar a função do princípio que ora se discute de potencializador na construção da imagem do criminoso. A individualização da pena, há que se dizer, evidencia a figura do infrator, orientando o tratamento penal com grande foco em suas características pessoais, construindo-o como delinquente, ou seja, alguém que por suas características mais intrínsecas, traz o crime inscrito em si *naturalmente*.

De tal modo, extraem-se do artigo de lei supracitado critérios com altíssimo grau de subjetividade, os quais embasarão a atividade judicial de aplicação da pena, como se fosse realmente possível essa afirmação de que o indivíduo, mesmo antes de cometer o delito, já carregava consigo os traços que revelaram o seu “perfil de criminoso”.

Nesse rumo, reflexivos os ensinamentos de Boschi:

O direito penal brasileiro não se coaduna inteiramente com os princípios gerais do garantismo, porque, por meio de suas normas, se maximiza o Estado Penal, em detrimento do Estado Social, e se enfraquecem as liberdades fundamentais, o que é revelador de profunda intolerância oficial, que costuma ver o condenado como o grande inimigo, e não como vítima de um sistema político e econômico desigual, privilegiador e injusto, que não prioriza a educação, a qualificação para o trabalho, o emprego, a moradia, a saúde, etc” (BOSCHI, 2011, p. 106).

Retomando o primeiro capítulo, mas agora sob a ótica específica do princípio da individualização das penas, constata-se como as práticas judiciais constituem verdadeiros mecanismos na construção de formas de saber na esfera penal. É o dito conhecimento inventando, como é possível elaborar a partir das lições de Foucault (2005).

À medida que as fases da dosimetria penal forem aqui detalhadas, e, principalmente, quando se chegar ao momento de analisar cada circunstância judicial disciplinada no artigo 59 da legislação penalista, será impossível ignorar a falta de fundamento, de legitimidade para a positivação dessas diretrizes penais, que, em muitos casos – como se verá –, não guardam qualquer relação direta com o fato delitivo praticado.

3.2 CRITÉRIOS UTILZADOS NA INDIVIDUALIZAÇÃO JUDICIAL DA PENA

Para os fins de analisar as fases que compõem o procedimento de dosimetria penal, necessário sejam feitos, primeiramente, comentários a respeito da teoria do crime e da pena, de modo a destacar conceitos que serão úteis para o entendimento dos critérios utilizados para o cálculo das reprimendas.

A maioria da doutrina entende que a configuração do conceito de delito depende da existência de um fato típico, ilícito e culpável. Somente com a verificação desses elementos genéricos é possível visualizar, de fato, o crime. Hans Welzel, citado por Greco, define:

A tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade são três elementos que convertem uma ação em um delito. A culpabilidade – a responsabilidade pessoal por um fato antijurídico – pressupõe a antijuridicidade do fato, do mesmo modo que a antijuridicidade, por sua vez, tem de estar concretizada em tipos legais. A tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade estão relacionadas logicamente de tal modo que cada elemento posterior do delito pressupõe o anterior (WELZEL, 1987 *apud* GRECO, 2009, p. 137).

O fato típico é composto de conduta, dolosa ou culposa (e comissiva ou omissiva), resultado, nexa de causalidade – entre a conduta e o resultado – e tipicidade (a conduta praticada reflete, per-

feitamente, um fato antinormativo, que foi cominado em abstrato pela lei penal).

A ilicitude, também denominada antijuridicidade, traduz a ofensa do fato praticado ao ordenamento jurídico, e apenas estará efetivamente caracterizada se não estiver presente qualquer de suas causas de exclusão – estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento de dever legal ou exercício regular de direito –, previstas no artigo 23 do Código Penal.

O elemento delitivo da culpabilidade, por fim, diz respeito ao juízo de reprovação, fruto da imputabilidade do autor, somada a uma potencial consciência acerca da ilicitude do fato e à exigibilidade de conduta diversa. Neste ponto, é preciso ressaltar que os elementos dolo e culpa não estão inseridos no conceito de culpabilidade, integrando, na verdade, a própria conduta, segundo a vertente da teoria finalista da ação (em contraposição à teoria causalista, que insere na análise da culpabilidade a aferição acerca do elemento subjetivo).

Dessa maneira, se o ato praticado não contiver nenhum desses elementos subjetivos, não haverá, sequer, fato típico – tendo em vista a inexistência de qualquer conduta. Isso se deve ao fato de, na esfera penal, não ser admitida a chamada responsabilidade objetiva, a qual se configura independentemente da verificação do elemento subjetivo (dolo ou culpa).

Dissolvidos os três elementos genéricos formadores do crime, atente-se agora para as chamadas elementares do crime, que consistem em dados específicos, cuja ausência acarreta, necessariamente, a extinção do delito (atipicidade absoluta) ou a desclassificação do crime considerado para outra infração (atipicidade relativa). Trata-se de elementos essenciais, que são extraídos da leitura do próprio dispositivo de lei que prevê o tipo penal, integrando, portanto, a descrição da conduta típica.

Circundando as elementares, podem ser visualizadas as circunstâncias do crime, que, embora consistam em dados ou fatos

meramente acidentais – uma vez ausentes, não acarretam a extinção ou desclassificação do delito –, exercem importante função de aumento ou de diminuição da sanção punitiva.

Cezar Roberto Bitencourt (2008) destaca que as qualificadoras, presentes em tipos penais derivados, são circunstâncias especiais, pois, apesar de apresentarem-se como elementos específicos dessas infrações, não podem ser classificadas como elementares, visto que sua ausência não altera o delito, influenciando apenas nos limites da pena prevista em abstrato. O tipo permanecerá, portanto, em sua modalidade básica.

Ainda sobre o tema das circunstâncias delitivas, Damásio de Jesus orienta:

As circunstâncias colocam-se entre o crime e a pena, permitindo a graduação desta. Não pertencem exclusivamente à teoria do crime nem à teoria da pena. Constituem dados de ligação entre um e outra, permitindo melhor individualização da sanção penal (JESUS, 2011, p. 597).

Quanto à classificação desses elementos acidentais, constata-se que há as componentes reais, que revelam aspectos objetivos relacionados ao fato típico, como lugar e tempo do crime, por exemplo; e as pessoais ou subjetivas, estas ligadas ao agente – como os antecedentes, a personalidade, dentre outras.

Outra classificação é aquela que estrutura o grupo das circunstâncias judiciais – previstas no artigo 59, *caput*, do Código Penal, e que, dispondo de um conteúdo genérico, com alto grau de subjetividade, são aplicadas com base meramente na discricionariedade do julgador –; e o grupo das circunstâncias legais, expressamente definidas pela lei.

Há que se apontar as subdivisões das circunstâncias legais, que podem ser gerais, se previstas na Parte Geral do Código Penal, ou especiais, quando inseridas na Parte Especial da mesma legislação.

No primeiro subgrupo estão as agravantes e atenuantes e algumas causas de aumento e de diminuição de pena; no segundo, encontram-se as qualificadoras e as causas de aumento e de diminuição que estão previstas junto a determinados tipos penais.

Vistas todas as modalidades de circunstâncias do crime, deve-se, por consequência, partir para a discussão detalhada acerca dos critérios que definem o cálculo das reprimendas. Nesse rumo, importante mencionar o artigo 68 do Código Penal, que normatiza a adoção do método trifásico de aplicação da pena, o qual havia sido traçado por Nelson Hungria. Afirma Boschi:

A discussão sobre o método a seguir, que atravessou todo o período de vigência do Código Penal de 1940, felizmente esgotou seu ciclo em 1984, quando o legislador, ao reformar a Parte Geral, por meio da Lei 7.209/84, optou, relativamente às penas privativas de liberdade, pelo método trifásico, por considerá-lo mais afinado com o sentido da individualização judicial da pena (BOSCHI, 2011, p. 152).

Sob a ótica dessa visão tripartida, então, o dispositivo acima referido dispõe que, em princípio, será definida a pena-base em consonância com as diretrizes do artigo 59 do CP; posteriormente, analisar-se-ão as atenuantes e as agravantes; e, finalmente, serão consideradas as causas de aumento e de diminuição.

Antes de iniciar o processo de individualização, fixando a pena através do sistema trifásico, o juiz deve verificar se o crime é simples ou qualificado, de forma a conhecer quais os limites da pena que terá de respeitar quando da fixação penal. Ademais, também será necessário que ele defina, antes do processo de quantificação, a qualificação da sanção penal, com base nas circunstâncias judiciais (art. 59, I, CP). Nas palavras de Boschi:

Portanto, quando a lei penal permitir *aplicação alternativa* de penas, a *opção qualitativa* consistirá, primeiro, na esco-

lha da pena que melhor atenda aos critérios de prevenção e retribuição (necessidade e suficiência) para, só depois, bem obediente ao método estabelecido no art. 68 do CP, poder objetivamente declarar as quantidades de pena-base, provisória e definitiva.” (BOSCHI, 2011, p. 153, grifo do autor).

Prosseguindo, o magistrado deverá proceder à dosimetria da pena, pautado num juízo de proporcionalidade e razoabilidade, “[...] de modo a que a reação do Estado não acabe sendo mais prejudicial que o dano causado pela falta ou que, pelo reverso, sendo insuficiente, atue como estímulo à prática de novas infrações.” (BOSCHI, 2011, p. 153).

Inicialmente, para estabelecer a pena-base, o juiz deve se restringir aos limites mínimo e máximo eleitos no artigo que prescreve o tipo penal (art. 59, II, CP). Ensina Bitencourt:

Se todas as operadoras do art. 59 forem favoráveis ao réu, a pena-base pode ficar no mínimo previsto. Se algumas circunstâncias forem desfavoráveis, deve afastar-se do mínimo; se, contudo, o conjunto for desfavorável, deve aproximar-se do termo médio, que, segundo a velha doutrina nacional, é representado pela média da soma dos dois extremos, quais sejam, limites mínimo e máximo. De regra, o cálculo da pena deve iniciar próximo do mínimo e só excepcionalmente, quando as circunstâncias revelarem especial gravidade, se justifica a fixação da pena-base distanciada do mínimo legal (BITENCOURT, 2008, p. 600).

A segunda fase do cálculo da pena visa a definir a chamada pena provisória. Para tanto, são levantadas as circunstâncias agravantes e atenuantes, sendo que o *quantum* (de aumento ou de diminuição) a elas referente – o qual incidirá sobre a pena-base já definida – foi deixado pelo legislador ao arbítrio do magistrado.

As agravantes estão disciplinadas nos artigos 61 e 62 do Código Penal e, dentre elas, pode ser destacada a reincidência; as atenuan-

tes, por sua vez, encontram-se previstas nos artigos 65 e 66 do CP, destacando-se a que diminui a pena quando o agente, na data do fato, tem menos que 21 anos.

Importante a observação que traz Bitencourt (Idem), no sentido de que, quando da análise das agravantes e atenuantes, é imprescindível observar se elas já não constituem elementares, qualificadoras, ou causas de aumento ou de diminuição de pena, vez que deve ser tomado o cuidado para que não haja dupla valoração. O próprio artigo 61 do CP dispõe que as agravantes sempre incidirão sobre a pena, quando não constituírem ou qualificarem o delito.

Em caso de haver concurso entre agravantes e atenuantes, é devida a obediência ao artigo 67 do Código Penal, que determina a preponderância daquelas circunstâncias que estiverem ligadas aos motivos que ocasionaram o crime, à personalidade do infrator e à reincidência.

Fernando Capez (2011) aborda essa questão, lembrando que, não obstante a solução que trouxe o artigo 67 para o conflito entre agravantes e atenuantes, a jurisprudência vem entendendo pela preponderância da menoridade relativa sobre quaisquer outras circunstâncias objeto de análise da segunda etapa da dosimetria penal.

No âmbito da terceira fase de aplicação da pena, o magistrado deverá se utilizar das causas de aumento e de diminuição (majorantes e minorantes, respectivamente, previstas tanto na Parte Geral como na Parte Especial do Código) que porventura estejam presentes, no intuito de estabelecer a pena definitiva. Assim, elas irão recair sobre a reprimenda fixada na fase anterior, diga-se, a pena provisória, ou sobre a pena-base, se não tiver incidido sobre o caso nenhuma agravante ou atenuante.

No que diz respeito a eventual concurso entre causas de aumento ou de diminuição previstas na Parte Especial do CP, deve-se observar o parágrafo único do artigo 68, que permite ao juiz limitar-se a um só aumento ou a apenas uma diminuição, prevalecendo

a causa que mais aumente ou que acarrete maior redução da pena.

Se, todavia, o conflito ocorrer entre circunstâncias da Parte Geral do Código, “[...] as majorações e as diminuições serão realizadas em forma de cascata, isto é, incidirão umas sobre as outras, sucessivamente. Primeiro se aplicam as causas de aumento, depois as de diminuição” (BITENCOURT, 2008, p. 603).

Nesse ponto, em que pese a posição do autor, válido seja feita uma observação quanto à referida ordem de incidência das causas de aumento e de diminuição, mesmo porque não há unanimidade na doutrina sobre a questão.

Sabe-se que, na esfera criminal, as interpretações devem ser feitas no sentido mais favorável ao réu, em conformidade com o princípio do *in dubio pro reo*. Por essa razão, não seria coerente aplicar as causas de aumento antes daquelas que diminuem a pena.

A ordem de incidência das majorantes e minorantes (no caso de haver concurso entre elas) influencia no quantum final da pena, vez que, havendo concurso entre elas, a sua aplicação deve ocorrer em cascata. Vale dizer, a aplicação, primeiramente, das causas de diminuição, é mais benéfica ao condenado e, portanto, deve ser essa a ordem a ser seguida pelo magistrado.

Separadas as fases que guiam a atividade judicial na individualização da sanção penal, imprescindível sejam feitos alguns esclarecimentos sobre a questão dos limites de pena que são cominados em abstrato nos tipos penais, de forma a concluir pela possibilidade, ou não, do julgador quantificar a reprimenda aquém ou além do mínimo ou máximo previsto pelo legislador.

De início, destaque-se o teor do artigo 59, II, do CP, o qual determina que o magistrado, pautado nas circunstâncias judiciais, deve estabelecer a medida da sanção penal aplicável, dentro dos limites previstos. Aqui somente houve referência ao momento da fixação da pena-base, não havendo como aplicar o dispositivo às demais etapas da dosimetria. Quanto à observância dos limites le-

gais na segunda e na terceira fase, são necessárias outras considerações.

Muito se discute sobre a questão da incidência de circunstâncias atenuantes sobre pena-base eventualmente fixada em seu patamar mínimo. Nessa esteira, o Superior Tribunal de Justiça, através da Súmula 231, posicionou-se pela proibição da quantificação da pena aquém do mínimo previsto, no segundo momento do cálculo penal.

Apesar do entendimento sumulado, coerente é o posicionamento daqueles que, como Bitencourt (2008), entendem que não se pode deixar de aplicar uma circunstância atenuante, visto que essa possibilidade de fixação penal abaixo do mínimo legal respeita o direito do condenado de receber uma penalidade justa e individualizada.

Nesse mesmo sentido, precisas as lições de Greco (2009), que defende ser esta interpretação da súmula do STJ, primeiramente, contrária ao artigo 65 do CP, o qual dispõe que as atenuantes são circunstâncias que *sempre* reduzem a pena, sem apontar qualquer exceção para a sua aplicação. O doutrinador acrescenta:

Além de inviabilizar um direito do sentenciado, essa interpretação faz com que, na prática, alguns juízes tentem observar a sua aplicação aumentando um pouco a pena-base para que, no momento posterior, possam vir a reduzi-la em consideração à existência de uma circunstância atenuante, o que fere, ainda mais, a *mens legis*. Essa “boa vontade” em aplicar a circunstância atenuante nada mais é do que uma forma de burlar a lei. Se o réu tinha em seu favor todas as circunstâncias judiciais previstas pelo art. 59, era direito seu que a pena-base fosse fixada em seu mínimo legal. O fato de o juiz aumentá-la um pouco para, mais adiante, vir a decotá-la a fim de aplicar a redução pela circunstância atenuante nada mais é do que ludibriar a sua aplicação (Idem, p. 561, grifo do autor).

Ora, se a lei penal não vedou a possibilidade de aplicação da sanção punitiva abaixo do limite mínimo cominado, a existência da Súmula (e de reiteradas decisões judiciais no mesmo sentido do conteúdo sumulado) descreve “[...] uma situação em que o próprio sistema jurídico construiu uma limitação à sua própria atuação” (MACHADO *et al.*, 2009, p. 44), além de clara ofensa ao princípio da legalidade – tendo em vista o que se encontra expresso no art. 65 do CP.

Ainda sobre a questão, as palavras de Bitencourt:

Em síntese, não há lei proibindo que, em decorrência do reconhecimento de circunstância atenuante, possa ficar aquém do mínimo cominado. Pelo contrário, há lei que determina (art.65), peremptoriamente, a atenuação da pena em razão de uma atenuante, sem condicionar seu reconhecimento a nenhum limite; e, por outro lado, reconhecê-la na decisão condenatória (sentença ou acórdão), mas deixar de efetuar sua atenuação, é uma farsa, para não dizer fraude, que viola o princípio da reserva legal (Idem, 2008, p. 601-602, grifo do autor).

Em um sistema criminal no qual se afirma buscar uma sanção penal individualizada, não há razão, de fato, para que se impeça a fixação da pena aquém do mínimo legal. É preciso ressaltar, porém, que isso não significa que o aplicador possa quantificar a pena além do máximo permitido, na segunda ou na terceira fase do cálculo da sanção punitiva.

Não obstante a pena mínima e a máxima sejam ambas limitadoras da atividade do juiz, quando da aplicação da pena, não se pode dizer que elas possuem funções semelhantes. Isso porque, ao estabelecer a pena máxima, o legislador obstruiu a individualização judicial da reprimenda, de modo a garantir direito do réu de não receber sanção penal mais gravosa que aquela previamente quantificada como limite tolerável.

Por outro lado, a determinação da uma pena mínima não serve para fins de efetivar ou assegurar qualquer direito ao condenado, impedindo, em verdade, que o julgador aplique a pena conforme as características do caso concreto; ou seja, afasta-se a ideia de individualização, ainda que seja esta uma garantia constitucionalmente assegurada². É o que se extrai das pertinentes lições de Machado *et al.*:

Quando marcamos esta diferença de funções entre a mínima e a máxima, marcamos também que as razões apresentadas para reduzir a pena abaixo do mínimo não se aplicam à hipótese de aumento além do máximo [...] Quando o juiz desconsidera o limite máximo definido pelo legislador e determina uma pena acima deste limite, está violando um direito do réu a receber uma pena inferior ao teto legal. Quando o juiz desconsidera o limite mínimo definido pelo legislador para aplicar uma pena abaixo deste limite, ele não está violando nenhum direito do réu. O juiz está, justamente, tornando efetivo seu direito a uma pena individualizada. (MACHADO, 2009, p. 63).

Feitas as devidas considerações sobre a questão dos limites mínimo e máximo da pena cominada em abstrato, importante lembrar que o juiz, depois de passar pelas três etapas previstas no artigo 68 do CP para o procedimento de dosimetria penal, deverá, ainda, estabelecer o regime inicial de cumprimento da reprimenda (art. 59, III, CP), assim como verificar possível substituição da pena privativa de liberdade por sanção penal restritiva de direitos (art. 59, IV c/c art. 60, §2º, ambos do CP) – direito subjetivo do réu.

2 Embora a ideia de individualização da pena seja passível de variadas críticas (estas já visualizadas no tópico em que o princípio da individualização foi particularmente abordado), tendo em vista o seu papel na construção da imagem do infrator como delinquente, não há como negar a clareza da incompatibilidade existente entre este princípio e uma possível vedação à aplicação da pena aquém do limite mínimo cominado em lei.

O magistrado deverá analisar, também, se é cabível, ou não, a concessão do benefício previsto no artigo 77 da Lei Penal (*sursis* – suspensão da execução da pena privativa de liberdade). Válido salientar que, tendo sido aplicada a substituição de penas, não mais é cabível conceder o *sursis*.

Não se pode olvidar que, independente do grau de discricionariedade atribuído ao juiz, todos os pontos de sua sentença deverão ser embasados pela efetivação do dever de motivar, sob pena de nulidade do decisório. Esse aspecto, de fundamental importância para o presente trabalho, será discutido mais detalhadamente no espaço reservado para o princípio da motivação das decisões judiciais.

Feita uma rápida abordagem sobre o sistema trifásico de aplicação das sanções punitivas, a análise minuciosa acerca do artigo 59 do Código Penal Brasileiro será objeto do próximo tópico, no qual será discutida cada uma das circunstâncias judiciais, que orientam o magistrado na fixação da pena-base, primeira etapa da individualização judicial da pena.

3.2.1. Fixação da pena-base: as circunstâncias judiciais do artigo 59, *caput* do código penal

O artigo 59 do Código Penal traz uma série de diretrizes que orientam a atividade do magistrado na primeira fase da individualização (judicial) da pena. Estes critérios de aplicação da reprimenda, os quais recaem sobre o autor do fato e o delito em si, não foram, no entanto, definidos pelo texto legal. Desse modo, constata-se que o seu reconhecimento – “[...] identificá-los no bojo dos autos e mensurá-los concretamente” (BITENCOURT, 2008, p. 589) – foi deixado a cargo do próprio julgador, pelo que passaram a ser denominados de circunstâncias judiciais.

O referido dispositivo legal prevê:

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: II – a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos (Código Penal Brasileiro, Decreto-lei 2.848/1940).

Segundo Boschi (2011), a pena-base, que servirá para a incidência das circunstâncias legais agravantes e atenuantes, é a primeira referência quantitativa que integra o sistema trifásico de aplicação da sanção penal; o ponto de partida da operação que se destina à individualização judicial da pena privativa de liberdade.

O juiz se utilizará das variáveis previstas no artigo 59 para que possa “*realizar o ideal de pena necessária e suficiente à reprovação e prevenção do crime*” (Idem, p. 160, grifo do autor). Para executar tal tarefa que lhe foi designada, o magistrado, entretanto, deverá observar o princípio constitucional que lhe impõe o dever de fundamentar cada escolha que fizer, traduzindo a discricionariedade limitada que compõe esse procedimento.

Guilherme de Souza Nucci, com clareza, explica:

Em suma, as circunstâncias judiciais são elementos que voltam a realização do delito, sem afetar-lhe a existência, mas que influem na fixação da pena, materializando-se conforme as pessoais convicções do magistrado. [...] Mensurar a pena-base, de maneira particularizada a cada acusado, de modo a individualizá-lo, conforme o que fez e de acordo com seus atributos próprios, é a meta fundamental do magistrado, na sentença condenatória (NUCCI, 2011, p. 456-457).

Urge salientar que o *quantum* de aumento ou de diminuição relativo às circunstâncias judiciais não se encontra normatizado pelo Código, ficando esta definição também a cargo do magistrado. Registre-se que, se não houver dados nos autos que permitam a

identificação de qualquer circunstância judicial, a pena-base deverá permanecer, por lógica, em seu limite legal mínimo.

Nesse rumo, as circunstâncias judiciais inseridas no dispositivo de lei supracitado, utilizadas na fixação da pena-base, são: culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos, circunstâncias e consequências do crime e, por fim, comportamento da vítima.

Dentre essas variáveis, são preponderantes, conforme classificação estruturada por Nucci (2011), a personalidade, os antecedentes e os motivos, todos eles circunstâncias de caráter pessoal (assim como a conduta social do agente e o comportamento da vítima, estes últimos de menor relevância). Ademais, as circunstâncias e as consequências do crime constituem elementos acidentais de caráter fático, ou seja, estão vinculadas ao delito.

A culpabilidade, em particular, seria formada pelo resultado da avaliação dos demais fatores elencados no artigo 59, visto que representa o grau de censurabilidade que o juiz atribuiu ao agente e ao fato cometido. Neste ponto, imprescindível anotar que essa variável substituiu a expressão “intensidade do dolo e o grau da culpa”, através da Reforma Penal ocorrida em 1984 (Lei nº 7.209/84).

Segundo a exposição de motivos da nova Parte Geral da legislação penalista vigente, a opção pela “culpabilidade”, no artigo fixador da pena-base, ocorreu justamente pelo fato desse termo exprimir essa ideia de censura, a qual, por ser graduável, incide aumentando ou diminuindo o *quantum* da sanção punitiva.

Bitencourt aduz que o elemento subjetivo do dolo (ou da culpa) “[...] pode e deve ser aqui considerado para avaliar o grau de censurabilidade da ação tida como típica e antijurídica: quanto mais intenso for o dolo, maior será a censura [...]” (BITENCOURT, 2008, p. 590); e vice-versa.

Ora, quando se trata de culpa ou dolo, não é apropriado falar em grau ou intensidade. Como já foi abordado, esses elementos

subjetivos foram introduzidos o tipo penal – mais especificamente, na conduta – pela teoria finalista da ação, e, assim, tais conceitos não são analisados quando da fixação da pena, mas muito antes, já que o crime só se configura em sua presença (se o sujeito não agir com dolo ou culpa, a conduta é atípica).

É preciso que se esclareça, no entanto, que o termo culpabilidade apresenta várias acepções. Na primeira delas, é utilizado em sentido estrito, para conceituar o crime, junto ao fato típico e à ilicitude, todos eles elementos genéricos do delito. Em outra (sentido amplo), serve para medir o *quantum* da pena, quando da aplicação do método trifásico da dosimetria; neste âmbito, a culpabilidade traduz juízo de censura acerca da conduta praticada pelo agente. Por fim, ela pode ser associada ao elemento subjetivo do dolo ou da culpa, visto que, na esfera penal, não se admite a responsabilidade penal objetiva (sem culpa).

Greco (2009) lembra que, nessa última vertente, a culpabilidade é entendida apenas como princípio que impede a responsabilidade penal objetiva (*nullum crimen sine culpa*), de forma a não ser erroneamente confundida com dolo e culpa que, repita-se, foram inseridos na estrutura do tipo penal, não mais pertencendo à culpabilidade vista como elemento conceitual do crime; esta, em verdade, reflete os elementos da imputabilidade do agente, do potencial conhecimento da ilicitude e da exigibilidade de conduta diversa.

Os antecedentes criminais, por sua vez, consistem no passado criminal do agente, seu histórico de condenações penais transitadas em julgado, que não são aptas a gerar reincidência. Afirma Bitencourt: “por antecedentes devem-se entender os fatos anteriores praticados pelo réu, que podem ser bons ou maus. São maus antecedentes aqueles fatos que merecem a reprovação da autoridade pública” (BITENCOURT, 2008, p. 590).

Para melhor compreensão, importante que sejam diferenciados os institutos da reincidência e dos antecedentes.

Em consonância com os dizeres insertos no artigo 63 do CP, resta configurada a reincidência se o agente praticar novo fato delitivo depois de transitada em julgado sentença condenatória relativa a crime anterior. O art. 64 acrescenta que se tiverem decorrido mais de 5 (cinco) anos entre a data de cumprimento ou extinção da pena (relacionada ao crime com sentença já transitada em julgado) e o delito cometido posteriormente, não haverá reincidência.

Desse modo, se não estiverem preenchidas as exigências necessárias para compor o quadro da reincidência, que é classificada como agravante, as condenações anteriores, desde que passadas em julgados, serão úteis para a mensuração da pena na primeira fase da dosimetria, como maus antecedentes.

Ademais, a Súmula 241 do Superior Tribunal de Justiça disciplina que a reincidência não pode ser aplicada, ao mesmo tempo, como agravante e circunstância judicial. Contudo, “[...] o juiz pode levar em consideração os maus antecedentes e a reincidência, desde que não tenham, como base fática, as mesmas condenações” (NUCCI, 2011, p. 469).

Válido ressaltar que, em conformidade com o teor da Súmula 444 do STJ, é defeso sejam utilizados inquéritos policiais e ações penais que estejam em curso (inclusive com condenações pendentes de recurso), com o objetivo de agravar a pena-base. Aqui, são geradas, no máximo, simples anotações na folha de antecedentes criminais, o que não implica a valoração negativa dos antecedentes.

O fundamento para esse posicionamento reside na proteção ao princípio da presunção de inocência (não-culpabilidade), previsto no artigo 5º, LVII, CF, o qual prevê que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (Constituição da República Federativa do Brasil, 1988).

Nas palavras de Bitencourt:

Com efeito, sob o império de uma nova ordem constitucional, e “constitucionalizando o Direito Penal”, somente podem ser

valoradas como “maus antecedentes” decisões condenatórias irrecuráveis. Assim, quaisquer outras investigações preliminares, processos criminais em andamento, mesmo em fase recursal, não podem ser valorados como maus antecedentes (BITENCOURT, 2008, p. 591).

Acrescente-se que, pelo fato de não existir previsão legal dispondo sobre o limite de tempo durante o qual perduram os efeitos dos maus antecedentes, deve-se fazer uma analogia em relação ao que a lei determinou para o caso da reincidência – marco de cinco anos, conforme o artigo 64 do CP.

A personalidade do agente, da mesma forma que os antecedentes, também é circunstância judicial de caráter pessoal, e está entre as variáveis do artigo 59 que possuem caráter de subjetividade por demais evidente, pelo que, não há dúvidas, torna-se bastante discutível.

O problema primeiro envolvido no contexto dessa circunstância reside no fato de ser a personalidade um tema cuja conceituação provoca grande controvérsia, mesmo no âmbito da psicologia e da psiquiatria, no qual é possível encontrar definições várias acerca do que seria personalidade. Inexiste um consenso, portanto, no que diz respeito ao conceito que dela se deve extrair.

Não há como negar que essa problemática da definição se reflete na esfera jurídica. Embora os autores formem conceitos baseados em características psicológicas, morais, de temperamento e caráter de um determinado indivíduo, são todas estas ideias muito vagas, incapazes de orientar, satisfatoriamente, a atividade do juiz aplicador da sanção punitiva.

Capez assim define o termo:

Personalidade: é a índole do agente, seu perfil psicológico e moral. Seu conceito pertence mais ao campo da psicologia e psiquiatria do que ao direito, exigindo-se uma investigação

dos antecedentes psíquicos e morais do agente, de eventuais traumas de infância e juventude, das influências do meio circundante, da capacidade de elaborar projetos para o futuro, do nível de irritabilidade e periculosidade, da maior ou menor sociabilidade, dos padrões éticos e morais, do grau de autocensura etc. A intensificação acentuada da violência, a brutalidade incomum, a ausência de sentimento humanitário, a frieza na execução do crime, a inexistência de arrependimento ou sensação de culpa são indicativos de má personalidade (CAPEZ, 2011, p. 482, grifo do autor).

A partir desse conceito apresentado pelo autor, é possível constatar, com clareza, o quanto a personalidade está relacionada a diversos aspectos carregados de um altíssimo grau de subjetividade, os quais tornam impraticável a análise dessa circunstância judicial no processo, para que seja alcançado o *quantum* referente à pena-base.

E já se percebe, nesse sentido, como é extensa a liberdade que possui o julgador para valorar, nos autos, uma circunstância cujo sentido dispõe de alcance tão amplo. Tanto que Nucci (2011) sabiamente levanta a questão do cuidado que o magistrado deve ter nesse quesito, pois, em inúmeros casos, expressões abstratas (como “personalidade voltada para o crime”) ou sem qualquer embasamento no conjunto probatório são utilizadas somente para que o julgador consiga compor o complexo quadro da personalidade do agente.

A investigação da personalidade de uma pessoa é um objetivo bastante difícil de ser alcançado (especialmente pelo fato de não haver, sequer, um conceito bem definido sobre ela) por meio de dados, em maior parte dos casos, tão imprecisos quanto precários. Não há como se admitir que a dosimetria da pena esteja pautada, em sua primeira fase, em critérios que não exprimem qualquer relação com o delito e que são avaliados sem qualquer parâmetro ou

limite pelo juiz definidor da sanção penal.

Damáσιο de Jesus, por seu turno, sustenta que o Código Penal empregou essa circunstância para se referir às qualidades morais do condenado. Em outras palavras, afirma que a personalidade seria “[...] o retrato psíquico do delinquente, incluindo a periculosidade” (JESUS, 2011, p. 601).

Pelo que sugere o autor, e por todo o contexto que envolve a circunstância judicial da personalidade, constata-se, com clareza, como o artigo 59, ora discutido e contestado, afirma no sistema criminal aquela ideia antiga de periculosidade intrínseca ao dito criminoso, determinando que a pena seja agravada por razões (critérios) extremamente subjetivas, que fogem – e muitas vezes quase que por completo – do fato da infração penal em si. E mais uma vez se percebe como o ato da individualização penal tem relevância na construção da imagem do infrator como delinquente.

A conduta social denuncia o histórico de comportamento do condenado em meio à sociedade – convivência com as pessoas em variados locais, como o ambiente de trabalho e o âmbito familiar. Para Nucci (2011), trata-se da vida do infrator anterior à prática criminosa, que merece ser analisada pela importância que representa para a individualização da pena.

Desde já, podemos identificar como se confundem as variáveis da personalidade e da conduta social do agente. Não há como analisar e tirar conclusões do comportamento de um indivíduo perante a sociedade sem que isso deságue na verificação de aspectos de sua personalidade. Inexiste uma linha imaginária capaz de segregar o que pertence a uma circunstância e o que se insere na outra; e, ao mesmo tempo, não pode um determinado fato ou dado servir para a análise de circunstâncias judiciais diferentes, ambas as quais visam à meta da quantificação da pena.

Também é imprescindível observar que, apesar da opinião contrária de parte da doutrina, não é razoável que meras anotações

nas folhas de antecedentes criminais, as quais não podem ser valoradas a título de maus antecedentes, sejam averiguadas na esfera da conduta social. Greco explica:

Mais uma vez, acreditamos, tenta-se fugir às finalidades da lei. Os antecedentes traduzem o passado criminal do agente; a conduta social busca aferir o seu comportamento perante a sociedade, afastando tudo aquilo que diga respeito à prática de infrações penais. Assim, se inquéritos em andamento não poderão servir para fins de verificação de maus antecedentes, da mesma forma não se prestarão para efeitos de aferição de conduta social. Pode acontecer, até mesmo, que alguém tenha péssimos antecedentes criminais, mas, por outro lado, seja uma pessoa voltada à caridade, com comportamentos filantrópicos e sociais invejáveis (GRECO, 2009, p. 565).

Cabe analisar, também, os motivos do crime, que constituem os precedentes (psicológicos) que determinaram a prática da conduta criminosa. Desde já, anote-se que o dolo e a culpa são fixos, no sentido de que, para um determinado tipo penal, o elemento subjetivo sempre será o mesmo – até porque, para a conduta restar configurada, é necessário que se verifique se ela foi praticada dolosa ou culposamente. Diferentemente, os motivos são circunstâncias judiciais que variam, a depender da figura do delito em concreto.

Vale dizer que, no caso do motivo consistir, também, em qualificadora, agravante, atenuante, causa de aumento ou de diminuição – todos estes objetos de avaliação em outros momentos da aplicação da pena –, não poderá ser valorado como circunstância judicial, sob pena de incidir em *bis in idem*, o que, é evidente, não se pode admitir.

As circunstâncias do crime, da mesma forma, não podem ser confundidas com as diretrizes da segunda e terceira etapas do processo de fixação penal (agravantes, atenuantes e causas de aumento ou de diminuição). “São circunstâncias que escapam à especificação

legal e que servem de meios diretivos para o juiz aplicar a sanção penal” (JESUS, 2011, p. 601).

Bitencourt afirma que as circunstâncias do delito “[...] defluem do próprio fato delituoso, tais como forma e natureza da ação delituosa, os tipos de meios utilizados, objeto, tempo, lugar, forma de execução e outras semelhantes” (BITENCOURT, 2008, p. 593).

Já as consequências do fato delitivo traduzem a sua repercussão, ou seja, os reflexos danosos por ele causados à vítima ou a terceiros, desde que esses danos não sejam aqueles naturalmente provocados pelo crime (resultados típicos) e que, portanto, são presumíveis.

Interessante destacar o exemplo prático dado por Greco no tocante a essa circunstância judicial:

Os crimes contra a Administração Pública, a nosso ver, encontram-se no rol daqueles cujas consequências são as mais nefastas para a sociedade. Os bandidos de colarinho branco, funcionários de alto escalão na Administração Pública, políticos inescrupulosos e tantos outros que detêm uma parcela de poder, quando efetuam suas subtrações dos cofres públicos causam verdadeiras devastações no seio da sociedade. Escolas deixam de receber merendas, hospitais passam a funcionar em estado precário, obras deixam de ser realizadas, a população miserável perece de fome [...] (GRECO, 2009, p. 568).

Não há dúvidas de que o crime pode gerar efeitos danosos, que tornam mais gravosa a atitude do infrator. Mas não se pode deixar de refletir que, muitas dessas consequências provocadas, as quais, lembre-se, não podem ser aquelas típicas do próprio delito – pois, caso contrário, não seriam meras circunstâncias, e sim, elementares do crime –, não são por ele conhecidas, pelo que se torna altamente questionável o aumento de pena desse caso decorrente.

Finalmente, o comportamento da vítima também está inserido no rol das circunstâncias do artigo 59 do Código Penal, vez que, em

muitos casos, o ofendido age de tal forma, que acaba facilitando – ou mesmo determinando – a conduta do sujeito ativo, conferindo a este o benefício de ter sua pena-base atenuada.

Ocorre, mais uma vez, que, se esse comportamento da vítima já incidir, no caso concreto, como atenuante genérica ou causa de diminuição de pena (art. 65, III, “c”, art. 121, §1º e 129, §4º, todos do Código Penal), não poderá ser identificado como circunstância judicial.

Nucci (2011) classifica o comportamento da vítima, afirmando que ela pode ser completamente inculpável, se não age de qualquer maneira que possa provocar a situação; parcialmente culpável, no caso de contribuir de alguma forma para o crime – por ignorância, imprudência, com escassa culpabilidade ou voluntariamente; ou completamente culpável, em que ela pode ser provocadora, propiciadora da ocorrência ou uma falsa vítima (caso de delito simulado).

Indispensável registrar que, em caso de não haver prova nos autos capaz de ensejar a análise de uma determinada circunstância judicial, o magistrado não deve proceder à sua valoração, no sentido de inexistir qualquer influência, por lógico, na mensuração da pena, tendo em vista o princípio constitucional do *in dubio pro reo* (art. 5º, LVII, CF).

Analizados todos esses elementos acidentais, inegável a importância de serem feitas algumas reflexões.

O legislador penal, na estruturação do artigo 59, utilizou-se de critérios com altíssimo grau de subjetividade, e que não se encontram, sequer, definidos pelo texto de lei. Essa indeterminação que marca as circunstâncias judiciais provoca, antes de mais nada, flagrante violação ao princípio da legalidade.³

3 A Constituição Federal de 1988 dispõe sobre o princípio da legalidade penal no inciso XXXIX do artigo 5º (“não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”). O Código Penal, por sua vez, traz o princípio em seu art. 1º, com redação idêntica à da Lei Maior.

Como consequência direta da ofensa ao princípio da reserva legal, a utilização de diretrizes extremamente subjetivas (e que somente se encontram definidas doutrinariamente), para fixação da pena-base, confere ao magistrado tamanha discricionariedade, que se torna duvidosa a justiça que se diz permear a individualização da pena.

De fato, deve-se perceber que não há limites estabelecidos para a “pesquisa” que fará o julgador acerca de fatores (tão) pessoais da vida do dito criminoso, criando-se, dessa forma, uma quadro de insegurança jurídica desfavorável ao réu.

Nucci, nesse sentido, faz a seguinte indagação: “Afim, a personalidade do agente deve ser vista à vontade pelo juiz, dissociada do fato praticado, ou deve ser encarada no contexto do crime cometido exclusivamente?” (NUCCI, 2011, p. 465). Ele mesmo responde, afirmando que, como o Código Penal não assumiu o modo pelo qual se deve encarar a culpabilidade no momento da aplicação da pena, a opção a ser sustentada é aquela que orienta a análise da personalidade do agente com foco voltado para a infração penal materializada.

O ponto de vista defendido pelo autor parte do entendimento de que o Direito Penal do Estado Democrático de Direito tem como base a chamada culpabilidade do fato e apoia-se, secundariamente, na culpabilidade do autor. Para ele, uma característica da personalidade do sujeito ativo só pode ser levada em conta na mensuração da pena se estiver relacionada ao delito, como fator que, decisivamente, impulsionou o indivíduo a cometê-lo. Nas palavras do doutrinador:

“Entretanto, tal reprovação não pode transbordar as fronteiras do fato praticado [...] Caso usássemos a culpabilidade do autor, como meta principal, pouco interessaria o que foi feito. Qualquer aspecto negativo da personalidade serviria para o aumento da pena. Essa posição é injusta, pois ninguém é

perfeito, apresentando um modo de agir corretíssimo, sem qualquer desvio de conduta. Portanto, se alguém comete um crime que não se relaciona a determinado aspecto negativo da sua personalidade, não deve ser julgado pelo que é, mas pelo que fez, à luz do que é” (Idem, p. 464-465).

Apesar desse entendimento, ocorre que o sistema criminal, tendo como um de seus pilares o princípio constitucional da individualização da pena, centraliza a figura do infrator, de forma a estruturar, vale dizer, uma *culpabilidade do autor*.

As principais circunstâncias previstas no artigo 59 estão ligadas a características pessoais do agente, a fim de que dele se extraia – na realidade, que nele se componha – um perfil de criminoso –, e, no momento de fixação da pena, verdade é que, em grande parte dos casos, qualquer informação que for colhida nos autos, no tocante a fatores de sua personalidade, será aproveitada na sentença condenatória, sem maiores preocupações com a ligação que possui, ou não, com o fato do delito. Preleciona Bitencourt:

Nessa linha de pensamento, com efeito, para as instâncias de controle formal *não importa o que se faz* (direito penal do fato), mas sim *quem faz*. Em outros termos, não se pune pela prática do fato, mas sim pela qualidade, personalidade ou caráter de *quem faz*, num autêntico Direito Penal do autor (BITENCOURT, 2008, p. 595, grifo do autor).

No próximo capítulo, todos esses problemas acarretados pelo próprio texto normativo do artigo 59 serão visualizados, a partir da análise de casos concretos, quando também se discutirá o princípio constitucional da motivação das decisões judiciais. Este princípio, adiante-se, apresenta fundamental importância no contexto de aplicação da pena, especialmente no tocante à fixação da pena-base, tendo em vista o tamanho grau de discricionariedade de que dispõe o julgador nesta etapa do processo de dosimetria penal.

4. DETERMINAÇÃO DA PENA E ATIVIDADE JUDICIAL

4.1. O PRINCÍPIO DA MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS E A FIXAÇÃO DA PENA

O princípio da motivação das decisões judiciais é previsto no artigo 93, inciso IX da Constituição Federal como garantia fundamental que promove a segurança jurídica e assegura o contraditório e a ampla defesa¹ – e, por consequência, o devido processo legal – dentro de um processo judicial. Narra o dispositivo constitucional:

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

IX – 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 (Constituição da República Federativa do Brasil, 1988).

1 O artigo 5º, LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (Constituição da República Federativa do Brasil, 1988).

No processo penal, especificamente, o referido princípio está relacionado com o artigo 381 do Código de Processo Penal (CPP), o qual determina que a sentença deverá conter, dentre outros elementos, “a indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão (inciso III).

Também é decorrência do dever de motivar o artigo 155 do CPP, que dispõe sobre o sistema do livre convencimento do juiz, nos seguintes termos:

Art 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas (Código de Processo Penal Brasileiro, Decreto-lei 3.689/41).

Assim, o magistrado tem liberdade para decidir, desde que, em sua decisão, esclareça as razões que lhe orientaram o julgamento, as quais deverão estar embasadas – no âmbito do processo penal – no conteúdo probatório colhido nos autos, sob a condição de que as provas não tenham sido originadas somente na fase preliminar investigatória, vez que apenas a partir do processo judicial é que se garante o contraditório.

Aury Lopes Jr. (2011) ensina que a motivação se apresenta como meio de controle da racionalidade da decisão judicial, a fim de que seja possível verificar se ela (racionalidade) predominou sobre o poder e, por consequência, avaliar a eficácia do contraditório e do direito de defesa em um processo penal democrático.

Com base nas lições de Ferrajoli, o autor explica que o fim a que se destina o processo está ligado à busca pelo saber sobre o caso concreto e, nesse contexto, o poder funciona como mero instrumento para se alcançar esse saber, assumindo, portanto, um lugar secundário no âmbito processual.

Desse modo, a legitimação do exercício do poder judicial – da própria atuação jurisdicional – dependeria da subordinação deste mesmo poder ao ideal de obtenção do conhecimento (saber judicial). E somente existe controle sobre o exercício do poder se restar observado o dever de motivar.

Nas palavras do autor:

O mais importante é explicar o porquê da decisão, o que o levou a tal conclusão sobre a autoria e materialidade. A motivação sobre a matéria fática demonstra o *saber* que legitima o *poder*, pois a pena somente pode ser imposta a quem – racionalmente – pode ser considerado autor do fato criminoso imputado (Idem, p. 333, grifo do autor).

O predomínio da racionalidade dentro de um processo reflete a imparcialidade do decisório, o que não significa a neutralidade do juiz, visto que, no ato de julgar, não se separa a razão do magistrado de sua emoção, seus sentimentos.

Através da fundamentação da decisão, identifica-se haver, ou não, argumentos válidos para o posicionamento adotado pelo aplicador da lei, garantindo que eventual imposição de pena não seja decorrente (somente) daqueles sentimentos e que, portanto, haja prova suficiente para afastar a presunção da inocência.

Como foi visto no capítulo anterior, o julgador, no exercício de sua tarefa de individualização judicial da pena, utiliza-se de diversos critérios componentes do sistema trifásico de aplicação das reprimendas. Desse modo, com base no conjunto de provas recolhido nos autos, analisará as circunstâncias judiciais (pena-base), as agravantes e atenuantes (pena provisória) e as causas de aumento e de diminuição (pena definitiva), justificando quais delas entendeu relevantes no caso concreto, especialmente se for o caso de agravar a medida da penalidade.

Nesse sentido, explica Capez:

[...] a operação de apenamento há de ser fundamentada em cada etapa, possibilitando ao réu, para garantia do exercício de defesa, ciência exata sobre o peso ou grau de aumento e diminuições, a partir de pena-base isoladamente adotada sob os critérios do art. 59 do CP. O desrespeito ao critério trifásico de aplicação da pena e a ausência de fundamentação em cada etapa acarretam a anulação da sentença (CAPEZ, 2011, p. 477).

A atividade judicial de determinação quantitativa da pena – assim como a qualificação da sanção penal – deve, então, apresentar farta fundamentação, visto que, como afirma Roberto Lyra, citado por Boschi, “o julgamento não é um ato de consciência, mas uma função social disciplinada e exigente. [...] para que o magistrado não projete na sentença o tumulto de seu mundo interior.” (LYRA, 1942 *apud* BOSCHI, 2011, p. 143).

O julgador tem liberdade de decidir dentro de uma discricionariedade juridicamente vinculada. Possui, assim, dever de motivar, de forma a não se confundir o livre convencimento com arbitrariedade – esta que não merece admitida pelo sistema punitivo moderno. E, não obstante, são recorrentes as sentenças permeadas de flagrante deficiência de fundamentação, especialmente no tocante à justificação relativa ao primeiro momento da dosimetria da pena.

Nesses casos, deve ser declarada a nulidade da sentença, desde que haja prejuízos para a parte que recorre da decisão primeira. Aqui, necessário atentar para o princípio do *ne reformatio in pejus* (a nova sentença não poderá ser mais gravosa para o réu, caso tenha sido ele o recorrente, salvo se a decisão nula tiver sido objeto, também, de recurso por parte da acusação), o qual deve ser obedecido em matéria recursal².

2 Art. 617. O tribunal, câmara ou turma atenderá nas suas decisões ao disposto nos arts. 383, 386 e 387, no que for aplicável, não podendo, porém, ser agravada a pena, quando somente o réu houver apelado da sentença (Código de Processo Penal Brasileiro, Decreto-lei 3.689/41).

Caso haja uma nulidade favorável ao réu, ela deverá ser reconhecida pelo juízo *ad quem*, ainda que a defesa não a tenha arguido em suas razões recursais. Ao contrário, se presente uma nulidade que, se reconhecida, prejudicará o réu, só poderá o Tribunal declará-la se a acusação tiver se manifestado sobre ela em seu recurso. É o que determina a Súmula 160 do Supremo Tribunal Federal³.

No cenário de fixação da reprimenda, importante que se comente como a existência de limites mínimo e máximo de pena, cominada em abstrato para os tipos penais, influencia na esfera de exigência do dever de motivar atribuído aos julgadores. Machado *et al.* (2009) explica que as atividades de imputação e determinação da pena se diferenciam nesse sentido, sob a ótica da divisão de tarefas entre o legislador e o juiz.

O juízo de imputação, ou seja, a escolha entre a condenação ou a absolvição do réu, apoia-se em uma série de balizas definidas legalmente. O legislador estabelece os critérios que devem guiar a opção no caso concreto, os quais apontam a necessária observância dos elementos de prova colhidos nos autos e do princípio do *in dubio pro reo*.

Mesmo com toda a estrutura legal, que será utilizada em qualquer processo penal, o legislador não consegue interferir na tarefa da imputação, quando é chegado o momento de valorar o caso concreto. É o magistrado, e somente ele, quem define se o acusado será condenado ou absolvido e, justamente por esse motivo, há grande exigência de que seja exposta a fundamentação que orientou seu posicionamento.

Por outro lado, para a determinação de pena, o texto legal impõe limites máximo e mínimo que deverão guiar o juiz, o qual, por

3 Súmula 160. É nula a decisão do Tribunal que acolhe, contra o réu, nulidade não arguida no recurso da acusação, ressalvados os casos de recurso de ofício (Supremo Tribunal Federal).

consequência, assumiria aqui meramente o papel de transmitir, convalidar, calcular a pena que (praticamente) já foi definida pelo legislador. E, ainda que se deva admitir a possibilidade de ser fixada a penalidade aquém do mínimo legal (mas nunca acima do máximo positivado em lei), por razões já explicitadas no capítulo antecedente, o simples fato da existência de tais limitações acaba por provocar o denominado “conforto decisório”.

Machado *et al.* ensina:

A noção de “conforto decisório” como forma de justificar a existência das penas mínimas diz respeito, portanto, a essa divisão de tarefas nebulosa em relação à determinação da pena que parecem reduzir a atuação judicial à simples transmissão das mensagens do legislador. Essa situação, no entanto pode gerar, no juiz, uma sensação de comodidade e de desoneração em relação à tarefa de determinação da pena (Idem, p. 63).

De tal modo, se o juiz não assume, na integralidade, o poder do decisório, o nível de exigência quanto à motivação por ele exposta para a determinação da pena é muito menor – é como se a responsabilidade pela aplicação penal já estivesse transferida para o legislador. Cria-se, verdadeiramente, a sensação de que não há tanta razão para serem cobradas dele maiores justificações, situação esta que se intensifica se a pena é fixada em seu mínimo legal. Então, “por intermédio desses mecanismos, o procedimento de determinação da pena esvazia-se e se torna um apêndice, uma simples decorrência, um último parágrafo em uma longa sentença” (Idem, p. 62).

No contexto desse “conforto decisório”, que retrata um perigoso conformismo na esfera de atuação judicial no processo penal, especialmente no tocante à atividade de aplicação da pena, pertinente lembrar a análise crítica que traz Lopes Jr. (2011) na da linha da posição assumida pela figura do juiz no Estado Democrático de

Direito.

O doutrinador sustenta não haver mais espaço para o magistrado *exegeta* e *burocrata*, que segue um *saber comum* refletido em conceitos, valores e crenças que vão sendo repetidos pelos operadores do direito. Vale dizer, “[...] é a paixão arrebatadora, por parte de alguns juízes, pelos repertórios de jurisprudência. Invocar a ‘jurisprudência pacífica, ‘reiteradas decisões de tal tribunal’ etc., é considerado por eles como ‘fundamentação’” (Idem, p. 340).

A legitimidade da atuação do magistrado é constitucional e, portanto, deve ser operada com base nos princípios, direitos e garantias consagrados na Constituição Federal. Não se pode admitir, então, que se volte ao tempo, quando o magistrado era apenas um aplicador do texto legal, visto que a mera subsunção à lei penal ou processual penal revela uma postura que, destaque-se, já deveria estar superada.

Nessa esteira, tome-se como exemplo dessa postura que merece ser adotada pelos julgadores: mesmo estando previstos, pelo legislador, limites de pena nos tipos penais, o julgador deve adotar uma interpretação coerente com os direitos do infrator, de forma a se admitir a possibilidade de aplicação da reprimenda aquém do mínimo legal – mas de forma alguma acima do máximo previamente concebido –, inclusive porque, como já ressaltado, não está disposta na legislação penal qualquer vedação a esta interpretação, no que tange à segunda e terceira fases da dosimetria penal.

Não se pode olvidar, recorda Lopes Jr. (Idem), da subjetividade que é inerente ao ato decisório e que decorre da necessária ligação que a racionalidade possui com o sentimento, rompendo-se, portanto, a tradicional separação cartesiana entre a mente e o corpo⁴.

4 “O dualismo cartesiano separa a mente do cérebro e do corpo, substanciando o ‘penso, logo existo’, pilar de toda uma noção de superioridade da racionalidade e do sentimento consciente sobre a emoção” (LOPES JR., 2011, p. 341).

Impossível conceber que, ao julgar, o magistrado perca o vínculo com seus valores, seus ideais, suas crenças, seus sentimentos. Seria o mesmo que acreditar em uma neutralidade do julgador e, como dito anteriormente, o predomínio da racionalidade – sobre o poder – em uma decisão não revela um juiz neutro, mas apenas imparcial. Ora, não se esqueça de que este mesmo “[...] juiz é um ser-no-mundo, logo sua compreensão sobre o caso penal (e a incidência da norma) é resultado de toda uma imensa complexidade que envolve os fatores subjetivos que afetam a sua própria percepção do mundo” (Idem, p. 342, grifo do autor).

Na estruturação da sentença, o julgador terá de interpretar a lei e os fatos apresentados (incluindo as provas colhidas), atribuindo a eles significados, os quais estão totalmente relacionados com aqueles fatores subjetivos que lhe são inerentes. Essa relação, que reflete a existência de uma compreensão prévia que o intérprete traz consigo, configura o que o doutrinador denomina *circularidade do processo hermenêutico*.

Há que se perceber, nessa linha, que, se existe toda essa subjetividade inserida no ato de julgar, automaticamente é conferida ao magistrado razoável margem de discricionariedade, a fim de que, através dela, ele possa exercer a atividade de intérprete e conferir os significados – à lei e aos fatos – que permitirão o seu julgamento.

Acontece que, se não houver qualquer controle dessa atuação judicial, o poder saltará sobre a racionalidade do decisório, caindo num indesejado *decisionismo* (quando o juiz julga da maneira como bem entende). Assim, terá o intérprete que respeitar limites estabelecidos na Constituição e nas próprias leis infraconstitucionais, com destaque para a observância do devido processo legal. E todo esse controle é verificado mediante a motivação da decisão.

O objetivo é impedir que se “crie” entendimento completamente distinto daquilo que se encontra positivado; e que se chegue “[...] a uma interpretação que nem sempre é do nosso agrado,

sem que isso signifique uma postura de ingênuo inconformismo” (Idem, p. 346).

Por fim, há que se retomar, rapidamente, o artigo 59 do Código Penal, de forma a percebê-lo sob a ótica das lições acima explanadas.

A subjetividade refletida pelo conteúdo incerto, genérico e abstrato das circunstâncias judiciais agora se soma à subjetividade intrínseca ao ato de julgar. Vale dizer, o juiz, em sua atuação, sempre possui um poder traduzido em sua liberdade de convencimento, diga-se, sua margem de discricionariedade que, em qualquer decisão, deve ser equilibrada pela observância das normas constitucionais (regras e princípios), da legislação ordinária e, claro, dos próprios dados colhidos como provas no processo.

Para o momento da sentença em que se fixa a pena-base, é merecida uma atenção especial. Isso porque as circunstâncias judiciais previstas no referido dispositivo não receberam definição pelo legislador – não restaram exaustivamente elencadas pela lei –, ficando a cargo do juiz a tarefa de identificá-las nos autos e definir a medida de sanção penal que for proporcional ao caso concreto.

Dessa forma, percebe-se que a lei deixou, neste dispositivo, uma margem de discricionariedade diferenciada, o que se intensifica consideravelmente em razão do alto grau de subjetividade que possuem as ditas circunstâncias judiciais.

Evidente, por isso, que, na interpretação e aplicação desse artigo, a possibilidade de se cair em *decisionismos* é alarmante, tendo em vista o tamanho espaço que existe, não se pode negar, para que o julgador decida como bem entender, sem quaisquer limites para a subjetividade advinda do próprio ato de julgar e, por certo, da incerteza que permeia as circunstâncias judiciais.

Nessa esteira, insere-se, como nunca, a obrigação do juiz de motivar, de forma pormenorizada, esclarecendo a valoração que atribuiu, no caso discutido, a cada uma dessas diretrizes. Somente

dessa maneira é possível controlar a eficácia do contraditório e da ampla defesa, verificando se, na decisão, a racionalidade da busca pelo saber relativo ao caso concreto predominou sobre o poder judicial.

Claro que as razões listadas pelo julgador como base para a formação de seu convencimento devem ser coerentes com o conteúdo probatório existente nos autos. Vale dizer, se não há prova suficiente acerca da relevância de qualquer das circunstâncias judiciais do artigo 59, esta diretriz não pode ser considerada para os fins de aplicação da pena-base. Como sustenta Nucci, “[...] seu peso é zero ou neutro” (2011, p. 460).

Deve-se reforçar a atenção para o fato de que, apesar dessas circunstâncias do artigo 59 formarem um todo que traduz o quadro da culpabilidade, ou seja, a censurabilidade atribuída ao autor e ao fato delitivo por ele cometido, não cabe ao magistrado proceder a sua análise em conjunto. Capez ressalta:

Não basta a simples referência genérica às circunstâncias abstratamente elencadas no mencionado artigo; necessário se faz que o juiz se refira de modo específico aos elementos concretizadores das circunstâncias judiciais fixadas no art. 59 do CP (CAPEZ, 2011, p. 477).

Ora, o réu (assim como, no polo processual oposto, a acusação, que representa o interesse público, estatal) precisa conhecer todos os termos de sua condenação, de forma a poder se defender diante dos argumentos que estruturam a qualificação e a quantificação de sua pena.

O desrespeito ao princípio da motivação agride diretamente a Constituição, não somente pela violação direta ao artigo 93, inciso IX, mas também pela conseqüente inobservância do contraditório, da ampla defesa e, portanto, do devido processo legal. Irretocáveis são as palavras de Sérgio Salomão Shecaira:

[...] a defesa e a acusação têm o direito de saber por quais caminhos e com quais fundamentos o juiz chegou à fixação da pena definitiva. Escamotear tais caminhos é cercear a defesa ou desarmar a acusação. É, principalmente, impossibilitar o ataque lógico ao julgado objeto do recurso (SHECAIRA, 1994, p. 165).

4.2. DOSIMETRIA PENAL E PRÁXIS JUDICIÁRIA

Sob a ótica da constatação acerca da (in)observância do princípio constitucional da motivação das decisões judiciais – livre convencimento motivado –, indispensável sejam citadas algumas decisões – a título meramente ilustrativo – que possibilitem a visualização dos variados problemas recorrentes da atividade de fixação da pena, especialmente quanto à justificação relativa ao primeiro momento da dosimetria penal.

A partir dessa análise, será possível desenvolver, com maior propriedade, a conclusão acerca da análise crítica dos problemas relacionados com o próprio texto legal que dispõe sobre a dosimetria das reprimendas, mas também com a postura tradicionalmente adotada pelos magistrados no que se refere ao tema por ora apresentado.

De início, vale destacar decisão do Tribunal de Justiça do Paraná em ação criminal proposta pelo Ministério Público daquele Estado contra ex-prefeito da cidade de São Miguel do Iguçu (PR), este que foi acusado de praticar crime de responsabilidade (art. 1º, inciso II, Decreto-Lei nº 201/67).

A denúncia do órgão ministerial foi recebida através de acórdão proferido pela Primeira Câmara Criminal daquele Tribunal, e o denunciado não foi afastado do cargo naquele momento. A realização dos atos instrutórios foi delegada ao Juízo de Primeiro Grau. O réu foi interrogado e foram ouvidas testemunhas arroladas por ambas as partes.

Por fim, restou ele condenado a 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão (além de inabilitação pelo prazo de 5 (cinco) anos para

o exercício de cargo ou função pública, eletivo ou de nomeação), pena esta que foi substituída por prestação pecuniária e prestação de serviços à comunidade.

PROCESSO-CRIME. PREFEITO MUNICIPAL. TIPO LEGAL PREVISTO NO INCISO II DO ARTIGO 1º DO DECRETO-LEI Nº 201/67. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. ALCAIDE QUE, UTILIZANDO-SE DE VERBA PÚBLICA COM O FIM DE AUTOPROMOÇÃO, MANTEVE COMO SÍMBOLO DE SUA GESTÃO (1997/2000) O MESMO AO ESTAMPADO EM SUA CAMPANHA ELEITORAL. DENÚNCIA PARCIALMENTE PROCEDENTE.

Resta plenamente caracterizada a prática do crime disciplinado no inciso II do artigo 1º do Decreto-lei nº 201/67, porquanto o réu, administrador municipal, autorizou os gastos públicos com propaganda em placas, obras e jornais públicos, utilizando o mesmo símbolo de sua campanha eleitoral, assim como, frase similar, e, desse modo, objetivando sua automopromoção com as verbas municipais.

[...]

O ilustre representante do Órgão Ministerial imputou a **ARMANDO LUIZ POLITA** a prática do crime descrito no artigo 1º, inciso II, do Decreto-Lei nº 201/67, porquanto o acusado teria utilizado verbas públicas com intuito de autopromoção, ao ordenar as despesas para reproduzir símbolo utilizado em sua campanha eleitoral em obras, prédios públicos e uma revista que circulou no Município, fatos estes que procedem. **a)-materialidade.**

O delito imputado ao réu, conforme a prova documental carreada, está devidamente consubstanciado nos autos.

A igualdade entre a simbologia da campanha eleitoral e a adotada pela prefeitura é visível ao singelo olhar e comparação entre os desenhos e as frases.

[...]

b)-autoria.

A autoria recai sobre o acusado, que, ocupante do cargo de Prefeito Municipal de São Miguel do Iguaçu/PR, é o responsável pela administração do Município, e, assim, as ordens de pagamento de qualquer despesa são por ele liberadas.

[...]

Portanto, é inegável a sua responsabilidade, e, assim, a autoria do delito que lhe é imputado quando, ocupante do cargo de Prefeito de São Miguel do Iguaçu, autorizou o gasto de verbas públicas com publicidade que aludia a elementos similares àqueles utilizados em sua campanha eleitoral, e, assim, auto-promovendo-se.

c)-elemento subjetivo e adequação típica.

O inciso II do artigo 1º do DecretoLei 201/67, assim disciplina: “II- utilizar-se, indevidamente, em proveito próprio ou alheio, de bens, rendas ou serviços públicos” [pena de dois a doze anos de reclusão].

No presente caso, como anteriormente alinhavado nos autos, o acusado, na condição de administrador das verbas públicas do Município, e sendo ele quem autoriza os gastos com as verbas públicas, deveria ter evitado os gastos que resultariam em seu proveito, e, não o fazendo, logicamente concordou com tal providência, situação que evidencia o dolo de sua conduta.

Não pode alegar desconhecimento de suas atitudes, visto que a responsabilidade lhe é inerente ao cargo que ocupa, e, portanto, a partir do momento que assume tal encargo tem o dever profissional, pessoal, moral e cívico de barrar qualquer gasto desnecessário, imoral, e muito menos que venha a lhe autopromover.

O delito restou plenamente configurado.

Observou-se dos autos que o réu, valendo-se do cargo que ocupava, permitiu que, com as verbas públicas e em diversas obras e propagandas da prefeitura, fossem incluídos símbolos e frases similares àqueles utilizados em sua campanha eleitoral, em resumo: com dinheiro da administração municipal deixou estampado em tais logradouros públicos marcas que

remetiam todos os administrados à sua gestão, e, portanto, indiscutível que utilizou em seu favor as verbas públicas e os próprios bens em que ficaram impressos os símbolos.

À sua defesa, o réu argumentou que inexistiam as aludidas similaridades, com os seguintes fundamentos:

1)-a expressão utilizada na campanha foi: “*Nossa gente nosso maior patrimônio*”; a na gestão: “*Nosso patrimônio a serviço de nossa gente*”.

2)-a logomarca utilizada na campanha eleitoral continha na caricatura de três crianças de mãos dadas dentro de um círculo, seguida pelo nome do Prefeito e Vice; já a logomarca da gestão municipal consistia em um círculo contendo as iniciais S.M.I. e três figuras humanas de braços dados.

Sem razão em nenhum dos argumentos.

Basta um singelo olhar sobre as figuras para se observar a identidade das caricaturas.

[...]

Ora, ainda que exista abreviação S.M.I. nas obras públicas, o que não havia no símbolo da campanha eleitoral, as caricaturas são as mesmas: três figuras humanas de braços dados, a primeira sendo uma menina de cabelos presos, o segundo um menino e a terceira uma menina de cabelos soltos.

Se inexistisse identidade, sequer esses detalhes teriam sido mantidos com tanta precisão.

E, ao contrário do alegado pela defesa, a intenção de manter a identidade remete-se sim até mesmo nas datas festivas, porquanto, à fl. 32, se nota que na campanha de natal/ano novo mantiveram-se exatamente as mesmas figuras e com os mesmos detalhes (menina de cabelos presos, menino e menina de cabelos soltos), colocando-se nelas tão-somente um chapéu de “Papai-Noel”.

[...]

Logo, nesse ponto, inexistente qualquer discussão.

No que concerne à frase, efetivamente não é exatamente a mesma, porém, inegável a sua similaridade.

Palavras centrais e fortes utilizados entre a expressão da campanha e a da gestão foram mantidas: *Nossa gente e patrimônio*.

Logicamente, tais pontos das frases, acompanhados da identidade das figuras, inegavelmente demonstram a intenção do alcaide de deixar a “marca registrada de campanha eleitoral” na sua gestão naquele Município, e, tudo isso, indevidamente, utilizando-se de verbas públicas.

Assim, porquanto plenamente configurada a prática do crime previsto no artigo 1º, inciso II, do Decreto-Lei nº 201/67, **julga-se procedente a denúncia, nesse ponto**, ao fim de condenar **ARMANDO LUIZ POLITA**, atual Prefeito Municipal de São Miguel do Iguaçu/PR como incurso nas sanções desse delito.

Aplicação da pena:

1) Circunstâncias judiciais (artigo 59 do Código Penal):

- *culpabilidade*: o grau de culpabilidade do acusado é grave, na medida em que buscou se autopromover, deixando sua “marca registrada de campanha eleitoral” em bens públicos, utilizando, assim, de forma absolutamente indevida, verba pública;
- *antecedentes*: embora o acusado figure como réu em alguns processos-crime, conforme fls. 561/562, não há notícia de condenação com trânsito em julgado nos referidos autos de processo; daí considerá-lo tecnicamente primário;
- *conduta social e personalidade*: dos autos não há nada que desabone o acusado nesse sentido, pelo contrário, tendo sido reeleito para a atual gestão denota que possui bom convívio social;
- *motivos*: nesse ponto a atitude do acusado é negativa, porquanto visava à autopromoção, utilizando para tanto erário público que poderia ser aplicado em prol dos administrados, e não sem seu proveito próprio;
- *circunstâncias*: cabia-lhe, naquele contexto, como Chefe do Executivo, primar pelo bem comum, pois este é o fim do dinheiro público, e não o autobenefício;

- *consequências*: abarcadas pelo tipo;
- *comportamento da vítima*: não há que se cogitar nessa circunstância no presente caso;

Diante disso, **fixa-se a pena-base em 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão**, justificando-se a fixação da pena-base um pouco acima do mínimo previsto para a espécie, diante da existência de 3 (três) circunstâncias judiciais desfavoráveis ao réu.

2) Circunstâncias agravantes e atenuantes:

Inexistem agravantes ou atenuantes a serem valoradas.

3) Causas de aumento e diminuição:

Inexistem causas de aumento ou diminuição de pena.

4)- Pena definitiva:

Desse raciocínio, resulta a pena definitiva de **3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão**.

5) Perda do mandato e inabilitação para o exercício de cargo ou função pública:

5.1) Perda do mandato.

No tocante ao disposto no § 2º do artigo 1º do Decreto-Lei nº 201/67, por se tratar de medida que não é de aplicação automática e que deve ser interpretada utilizando-se a norma do parágrafo único do artigo 92 do Código Penal, tal sanção jurídica é de ser analisada fundamentadamente para que se possa aplicá-la ao caso concreto.

[...]

Isso posto, verifica-se que no caso sob análise condenar o réu à perda de seu mandato mencionado significaria medida drástica e desproporcional ao caso concreto.

Assim, levando-se em linha de consideração os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, por se entender a reprimenda prevista no § 2º do artigo 1º do supramencionado Decreto-Lei como sendo medida extrema e que só deve ser levada a efeito em casos peculiares, em que se entenda tal sanção jurídica como proporcional ao dano sofrido pela coletividade, às condições pessoais do réu e à gravidade do crime, deixa-se-lhe de aplicá-la na demanda em tela.

5.2)-inabilitação

Prevê, ainda, o §2º do artigo 1º do Decreto-Lei 201/67, como consequência da condenação, a inabilitação do réu, pelo prazo de 5 (cinco) anos, para o exercício de cargo ou função pública, eletivo ou de nomeação.

Essa consequência da condenação, ao contrário da perda do cargo, merece ser aplicada ao réu, por mostrar-se medida proporcional à conduta por ele perpetrada.

[...]

6)-Regime de cumprimento da pena privativa de liberdade:

Levando-se em conta que a pena privativa de liberdade imposta é inferior a 4 (quatro) anos, com fundamento no artigo 33, § 2º, alínea “c”, do Código Penal, determina-se o regime inicialmente **ABERTO** para cumprimento da carga penal, cujas condições não são neste momento estabelecidas, em razão da substituição que se operará a seguir.

7) Substituição da pena:

Na forma do § 2º, 2ª parte, do art. 44 do Código Penal, e com observação ao § 1º do art. 45 do mesmo estatuto penal, aplicam-se ao réu as penas restritivas de direitos consistentes em: a)-prestação pecuniária, fixando-a em 6 (seis) salários-mínimos, considerando-se a condição econômica do sentenciado, e, b)-prestação de serviços à comunidade.

Tanto a entidade a receber o “quantum”, como aquela em que serão prestados os serviços comunitários, devem ser apontadas em primeiro grau, por delegação.

8) Prescrição retroativa:

A prescrição retroativa como subespécie da prescrição punitiva constitui exceção à contagem de prazos do artigo 109 do Código Penal, mas só pode ser reconhecida e declarada ao depois do trânsito em julgado da sentença para ambas as partes ou somente para a acusação, como vem entendendo, de há muito, a jurisprudência:

“A decretação da prescrição da ação penal na própria sentença condenatória é inviável. É que a prescrição sumular pressupõe a inalterabilidade da pena imposta na sentença, o que somente pode ocorrer quando tenha ela transitado em

julgado para a acusação” – (TACrimSP, Rel. Juiz Lauro Alves, JUTACRIM 43/150).

[...]

III.

Desse modo, **ACORDAM** os Magistrados integrantes da Segunda Câmara Criminal do Egrégio Tribunal de Justiça, à unanimidade de votos, em **JULGAR PARCIALMENTE PRO-CEDENTE** a denúncia, ao efeito de condenar ARMANDO LUIZ POLITA como incurso nas penas do artigo 1º, inciso II, do Decreto-Lei nº 201/67, à pena **de 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão**, substituindo-a por prestação pecuniária e prestação de serviços à comunidade, nos moldes da fundamentação, e, ainda, à inabilitação pelo prazo de 5 (cinco) anos para o exercício de cargo ou função pública, eletivo ou de nomeação. Presidiu o julgamento o Excelentíssimo Desembargador **LIDIO JOSÉ ROTOLI DE MACEDO**, com voto, e dele participou o Excelentíssimo Juiz Substituto em Segundo Grau **CARLOS AUGUSTO ALTHEIA DE MELLO**.

Curitiba, 20 de maio de 2010.

José Maurício Pinto de Almeida

Relator

(Brasil, Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, Processo nº 132.443-4 – Ação Penal, Comarca de São Miguel do Iguaçu, Relator Des. José Maurício Pinto de Almeida, Publicado em 20/05/2010).

O primeiro ponto a se destacar da decisão consiste na clara diferença entre a motivação que conferiu as bases para a imputação – ou seja, a escolha entre a condenação ou absolvição do réu – e aquela utilizada para fundamentar a determinação da pena.

Desse modo, corroborando a crítica levantada no tópico anterior, possível verificar que, enquanto foram fartos e coerentes os argumentos usados para justificar a imputação da condenação – re-futando-se, detalhadamente, todos os fundamentos trazidos pela defesa, com fulcro no conjunto probatório carreado aos autos –, na

aplicação da pena puderam ser verificados problemas diretamente relacionados com a interpretação das circunstâncias judiciais e com o (des)respeito ao dever de motivar.

Nesse sentido, percebe-se que as circunstâncias judiciais “culpabilidade”, “motivos” e “circunstâncias” do crime foram valoradas sob o mesmo argumento. Vale dizer, todas foram consideradas negativas pela mesma razão, mediante o uso de explicações idênticas: a culpabilidade, na medida em que o ex-prefeito buscou se autopromover; os motivos, porque a sua atitude visava à autopromoção; e as circunstâncias, devido ao fato de que, como Chefe do Executivo, não podia ele ter primado pelo autobenefício.

Como se não bastasse, não se pode ignorar que, em verdade, nenhuma dessas circunstâncias judiciais poderia ter sido considerada desfavorável ao réu com base na autopromoção. Isso porque o tipo penal descrito no art. 1º, inciso II, do Decreto-lei nº 201/67, para ser configurado, exige que o agente se utilize, indevidamente, de rendas ou serviços públicos, em proveito próprio ou alheio.

Assim, a autopromoção se insere como elementar, e não circunstância do tipo. Não serve ela para quantificar a pena, no ato da fixação da pena-base. Muito antes, ela é elemento sem o qual o delito não pode acontecer.

Nesse contexto, conclui-se pela ofensa, na referida decisão, ao princípio constitucional da motivação das decisões judiciais (artigo 93, IX, CF) e, evidentemente, totalmente desarrazoado o agravamento da pena pelo juízo de valor negativo atribuído às circunstâncias citadas. De tal modo, a pena-base deveria ter sido fixada no mínimo legal estabelecido em lei (dois anos), vez que os outros critérios do artigo 59 (CP) não trouxeram qualquer aumento de reprimenda para o condenado.

Em decorrência desses problemas na determinação da pena-base, os advogados do infrator impetraram *Habeas Corpus* no Superior Tribunal de Justiça – HC nº 260.249 – PR (2012/0250209-8)

–, com pedido liminar para fins de suspender a execução da pena estabelecida na sentença condenatória, a qual foi concedida, visto que o Ministro relator considerou exagerada a sanção penal pelo crime de responsabilidade cometido.

Também merece destaque o julgado do Tribunal de Justiça de Sergipe referente à apelação criminal de nº 1241/2011, que reformou parcialmente a sentença prolatada pelo Juízo de Direito da Comarca de Cedro de São João, Distrito de Japoatã, esta que determinou condenação do réu no delito de furto qualificado descrito no artigo 155, §4º, incisos II e IV do Código Penal, fixando a pena de 05 (cinco) anos de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime fechado, e 100 (cem) dias-multa.

A Relatora do recurso entendeu estarem comprovadas a autoria e a materialidade delitivas, mas considerou necessária a diminuição da sanção penal, e conseqüente substituição da privação de liberdade por pena restritiva de direitos, em decorrência da reavaliação das circunstâncias judiciais do caso, nos seguintes termos, *litteris*:

APELAÇÃO CRIMINAL - DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL - FURTO QUALIFICADO - MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS COMPROVADAS PELO ACERVO PROBATÓRIO ACOSTADO AOS AUTOS - REAVALIAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS - DIMINUIÇÃO DA REPRIMENDA - SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS (ART. 44 DO CP) - SENTENÇA REFORMADA - APELO PARCIALMENTE PROVIDO - UNÂNIME.

[...]

A sentença do Magistrado de piso, às fls. 174/177, foi nos seguintes termos:

(...) Ante o exposto e considerando o mais que dos autos consta, JULGO PROCEDENTE, em parte, a pretensão punitiva deduzida na denúncia, para CONDENAR o acusado Daniel Gonçalves

Santos, vulgo Doideira ou Peu, já qualificado nos autos, por haver infringido a norma contida no art. 155, § 4º, II e IV do CPB. Atendendo ao disposto nos artigos 59 e 68 do Código Penal, observo que o acusado não tem boa conduta social e personalidade, curvando-se a vocação pela ilicitude, sendo elevada a culpabilidade em razão de empregar meios de intimidação à população, patenteando o seu destemor à Justiça. Os motivos do crime são injustificáveis e as circunstâncias facilitaram a prática do delito, razão pela qual fixo a pena base em 05 (cinco) anos de reclusão, para torná-la definitiva.

A pena privativa de liberdade do acusado deverá ser cumprida em regime fechado, em razão das circunstâncias judiciais que me baseei para fixar a pena-base.

O Superior Tribunal de Justiça tem pautado seu entendimento de que o juiz deverá fixar a quantidade de dias-multa com base nas circunstâncias judiciais do art. 59, caput (CP, art. 49, caput) e, em seguida, determinar o valor do dia-multa com base na situação econômica do réu (CP, art. 60, § 1o).

Nessa mesma esteira aduz a doutrina mais atualizada, ao grafar que na fixação da pena de multa, é necessário que, em primeiro lugar, se fixe o número de dias-multa aplicável na espécie. Não atende aos princípios da justiça fixar a multa tendo em vista apenas a condição econômica do sentenciado sem atender à gravidade do crime por ele praticado. Por isso, além da gravidade do crime praticado, é necessário levar em conta as circunstâncias judiciais que orientam a fixação da pena base (art. 59). Em seguida, passa-se a determinar o valor do dia-multa. O valor de cada dia-multa, esse sim, deve ser fixado levando-se em conta exclusivamente a situação econômica do réu (patrimônio, rendas, nível de escolaridade, gastos, etc). Pois bem, comungando dos entendimentos acima destacados, aplico ao réu, também, a pena de multa, observando as circunstâncias judiciais, fixo em 100 dias-multa. Fixo o valor do dia multa, observando a situação econômica do réu 1/30 do salário mínimo vigente a época do fato (CPB, arts. 49 e §§ 1o e 2o, c/c o 72). (...).

No tocante à dosimetria, após a leitura da sentença vergastada, observo que o Magistrado de piso, data venia, cometeu equívocos na avaliação de algumas circunstâncias judiciais. Veja-se:

Quanto à culpabilidade, o Magistrado de 1º grau afirmou: sendo elevada a culpabilidade em razão de empregar meios de intimidação à população, patenteando o seu destemor à Justiça. Constatado, portanto, que não foi utilizada fundamentação idônea a permitir a valoração negativa desta circunstância, pois o sentenciante não a fundamentou suficientemente, de modo que passo a considerá-la de forma positiva, pois o dolo do agente já faz parte do tipo, não podendo ser analisado de forma a prejudicá-lo.

No tocante aos antecedentes, circunstâncias do crime e comportamento da vítima, o Magistrado de piso ficou em silêncio. Logo, considero-as de forma positiva.

Acerca da conduta social e da personalidade, o Magistrado afirmou: observo que o acusado não tem boa conduta social e personalidade, curvando-se a vocação pela ilicitude. Este argumento não serve para fundamentar a negatividade desta primeira circunstância judicial. Deve-se analisar, aqui, o conjunto do comportamento do agente em seu meio social, na família, na sociedade, na empresa, na associação de bairro etc. No entanto, nem sempre os autos oferecem elementos para analisar a conduta social do réu; nessa hipótese, a presunção milita em seu favor, o que se coaduna com o caso dos autos. Quanto à segunda, nota-se, data venia, que incorreu o Magistrado em equívoco, pois este argumento não serve para fundamentar a negatividade desta circunstância judicial. Aqui se observa a síntese das qualidades morais e sociais do indivíduo. Na lição de Aníbal Bruno, personalidade é um todo complexo, porção herdada e porção adquirida, com o jogo de todas as forças que determinam ou influenciam o comportamento humano. Na análise da personalidade deve-se verificar a sua boa ou má índole, sua maior ou menor sensibilidade éti-

co-social, a presença ou não de eventuais desvios de caráter de forma a identificar se o crime constitui um episódio acidental na vida do réu, o que se observa neste caso concreto. Logo, valoro, positivamente, a personalidade e a conduta social do Acusado.

No tocante aos motivos do crime, o Magistrado de 1º grau afirmou: são injustificáveis. Constatado, portanto, que não foi utilizada fundamentação idônea a permitir a valoração negativa desta circunstância, pois o sentenciante não a fundamentou suficientemente, de modo que passo a considerá-la de forma positiva.

Quanto às circunstâncias do crime, o sentenciante de piso afirmou as circunstâncias facilitaram a prática do delito, fundamentação que não serve para embasar a negatividade desta circunstância judicial. Aqui, observa-se o próprio fato delituoso, tais como forma e natureza da ação delituosa, os tipos de meios utilizados, objeto, tempo, lugar, forma de execução e outras semelhantes. Portanto, julgo esta circunstância judicial favorável ao Acusado.

Diante deste novo quadro, constato que todas as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP são favoráveis ao Acusado. Porém, existem duas qualificadoras, tipificadas no art. 155, §4º, II e IV, do CP, quais sejam escalada e concurso de agentes, e utilizo uma delas como tipificação do crime e a outra como circunstância judicial desfavorável, o que afasta um pouco a pena-base do mínimo legal, em patamar inferior ao fixado pelo Magistrado de piso. Portanto, diminuo a pena base de 05 (cinco) para 03 (três) anos de reclusão, por considerá-la suficiente e razoável à punição do crime ora analisado. Ausentes agravantes e atenuantes, como também causas de aumento e de diminuição, torno a pena definitiva em 03 (três) anos de reclusão.

[...]

Mantenho a **pena** de multa fixada em 100 (cem) dias-multa, à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente ao tempo dos fatos, em razão das mesmas considerações lançadas acima.

Modifico o regime de cumprimento da **pena** do fechado para o aberto, de acordo com o disposto no **art.** 33, §2º,c, do CP.

De acordo com o **art.** 44 do CP e seus incisos, substituo a **pena** privativa de liberdade por restritivas de direitos nas modalidades de prestação de serviços à comunidade e limitação de fim de semana. A prestação de serviços à comunidade deverá ser cumprida pelo período de 03 (três) anos em estabelecimento a ser determinado pela Vara de Execução.

[...]

(APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1241/2011, JAPOATÃ, Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, MARIA ANGELICA FRANÇA E SOUZA, JUIZ(A) CONVOCADO(A), Julgado em 03/12/2012).

Com base na sentença prolatada pelo Julgador Primevo, verifica-se como a incerteza e abstração que permeiam as circunstâncias judiciais do artigo 59 podem gerar decisões com fundamentações (na verdade, ausência de fundamentação) que beiram o absurdo.

Nesse rumo, coerente a reforma levada a efeito pelo juízo *ad quem*, que reavaliou as diretrizes de fixação da pena-base, reduzindo o *quantum* aplicado, visto que, caso tivesse admitido a justificacão apresentada pelo Juízo de Primeiro Grau, restaria consolidada a flagrante ofensa ao princípio constitucional da motivação das decisões judiciais.

Inadmissível que se decida ser negativa a culpabilidade, sob a consideração de que o acusado não teme a justiça e utiliza meios de intimidar a população. A conclusão sobre a culpabilidade decorre da avaliação dos demais critérios previstos no artigo 59, de forma

que o juiz estipule o grau de censurabilidade ao agente e ao fato cometido. Inexiste qualquer relação, portanto, entre os possíveis fatos declinados pelo julgador do caso concreto e a referida diretriz.

Sobre os motivos do crime, o juiz apenas afirmou serem eles injustificáveis. Pois bem, quanto a essa circunstância, o decisório não merece muitos comentários, visto que, em verdade, não foi apresentada qualquer fundamentação.

Não há como admitir, ainda, que as circunstâncias sejam tidas como negativas por terem facilitado a prática do delito. Como bem colocou a relatora, para se avaliar esse critério, *observa-se o próprio fato delituoso, tais como forma e natureza da ação delituosa, os tipos de meios utilizados, objeto, tempo, lugar, forma de execução e outras semelhantes*, desde que, obviamente, não se trate de um aspecto que configure uma qualificadora, agravante ou causa de aumento pena – sob pena de dupla valoração.

Ademais, não é razoável que o magistrado considere desfavoráveis a conduta social e a personalidade, afirmando simplesmente que o acusado tem vocação pela ilicitude. De um lado, valora-se duplamente um mesmo argumento, atribuindo-o a dois critérios diferentes; de outro, utiliza-se um fato que não serve para identificar como negativa qualquer dessas circunstâncias apontadas.

Claro que não se pode olvidar a questão da ausência de definição dessas diretrizes do artigo 59, por parte do legislador. A conduta social e a personalidade, por exemplo, possuem conceitos muito amplos e, no caso específico da personalidade, já existe dificuldade quanto a sua definição mesmo nas próprias áreas da psicologia e psiquiatria.

Mas, ainda assim, não pode um magistrado se beneficiar dessa subjetividade para proferir julgamentos completamente falhos em fundamentação, com o uso de expressões genéricas ou de qualquer aspecto da vida do infrator, na tentativa de forçar, de todas as formas, o seu enquadramento num perfil de delinquente.

Embora seja indiscutível que o julgador tenha que projetar seus sentimentos, suas emoções, na sentença a ser proferida – vez que não há como se conceber o ato de julgar a partir de uma neutralidade do magistrado –, inadmissível que se lance mão de um “conforto decisório”, a fim de prolatar decisões que, por não observarem o dever de motivar, impossibilitam ao condenado o efetivo exercício do contraditório e da ampla defesa, estes que são princípios ordenados pelo próprio texto constitucional.

O juiz precisa, então, deixar claros os fundamentos que embasaram o seu posicionamento, especialmente no tocante à aplicação da pena, tendo em vista que somente deste modo é possível haver o controle da racionalidade da decisão, evitando-se que a margem de poder inserida no livre convencimento do julgador revele verdadeira arbitrariedade e, por conseguinte, para que se verifique se as suas escolhas são realmente coerentes com o conteúdo probatório colhido nos autos.

5. CONCLUSÃO

Para a discussão sobre o contexto da fixação da pena-base (artigo 59 do Código Penal Brasileiro), sob a ótica da busca pela individualização da pena, e com atenção voltada à verificação da (in) observância do princípio constitucional da motivação das decisões judiciais, cerne deste trabalho, foi indispensável a inicial análise histórica, social e política do sistema criminal.

Com base nos ensinamentos de Foucault (2005) quanto à construção de domínios do saber a partir das práticas sociais, restou possibilitada a compreensão de que as formas de verdade existentes acerca das figuras da pena, do crime, e, especialmente, do criminoso, são constituídas por meio das práticas judiciárias na esfera penal, de acordo com as relações de poder que determinam os interesses políticos e econômicos de uma determinada formação social.

Conforme os interesses da camada social dominante, então, selecionam-se condutas a serem criminalizadas e indivíduos a serem efetivamente punidos (estes inseridos, predominantemente, nas classes subalternas) e, através do discurso norteador do sistema criminal, o qual possui forte carga emocional, é potencializada e solidificada a crença de que o mal que acomete a sociedade reside justamente nesse espaço ocupado pela criminalidade.

A atividade punitiva do Estado aparece e se fortifica como meio de controle desse mal atribuído à criminalidade – mas que, em ver-

dade, visa a esconder problemas estruturais típicos da formação social capitalista, muito mais violentos que as ações individualizadas dos ditos criminosos –, mecanismo que, no entanto, não apresenta real eficácia na solução dos problemas a que se propõe.

Por essa linha de pensar, tem-se que, embora o artigo 59 do Código Penal disponha que a pena-base estabelecida deverá ser necessária e suficiente para os fins de reprovação e a prevenção do crime, esses objetivos não são aptos a fundamentar e legitimar a aplicação da sanção penal que, segundo Karam (2004), somente se explica em sua função de manifestação de poder e pela finalidade de manutenção e reprodução deste mesmo poder.

Nesse cenário em que a reação punitiva estatal é revelada por suas reais função e finalidade, aparece o princípio da individualização da pena como verdadeiro catalisador na construção da imagem do criminoso (conhecimento inventado). Isso porque põe em evidência a figura do infrator, na tentativa de buscar uma pena que seja adequada não somente ao fato praticado, mas ao próprio indivíduo, por suas características pessoais, como se fosse realmente possível a ideia de que ele traga o crime inscrito em si *naturalmente* (traços de criminoso existentes antes mesmo da prática do delito).

E, nesse quadro, o artigo 59 ocupa importante papel, visto que, regulamentando esse princípio-garantia – previsto no artigo 5º, inciso XLVI (CF) –, prevê várias diretrizes a serem observadas no momento de fixação da pena, muitas delas que se relacionam com aspectos extremamente subjetivos do infrator – e distanciados do fato do crime –, demonstrando essa crença numa periculosidade intrínseca ao dito criminoso, e buscando direcionar a atividade do juiz para a individualização penal.

Ligada aos princípios constitucionais da personalidade e da proporcionalidade, e considerando as particularidades do fato delitivo e do condenado, a individualização da pena aparenta carregar propósito de justiça (*dar a pena que o sentenciado merece*), escondendo

dendo, no entanto, essa importância que assume na criação do perfil de delinquente.

O ato da individualização realizado pelo julgador percorre três etapas, nas quais são analisadas as circunstâncias judiciais, as atenuantes e agravantes e as causas de aumento e de diminuição da pena (sistema trifásico do cálculo penal). No primeiro momento, o juiz fixará a pena-base e deverá obedecer aos limites máximo e mínimo de sanção previstos no tipo.

Nas outras fases, no entanto, não há vedação legal para que a reprimenda seja estabelecida aquém do mínimo legal, que constitui, em verdade, direito do condenado de receber uma pena justa e individualizada, o que não se aplica no caso do limite máximo, que deve ser respeitado como garantia para que não se determine pena mais grave que aquela considerada como máximo tolerável para o delito.

A atividade de fixação da reprimenda ao caso concreto confere ao julgador ampla margem de discricionariedade (que não deve se confundir com arbitrariedade), especialmente quando do primeiro momento da dosimetria penal, no qual são analisadas as circunstâncias judiciais (culpabilidade, antecedentes criminais, conduta social, personalidade do agente, comportamento da vítima, motivos, circunstâncias e consequências do crime), que possuem alto grau de subjetividade e sentido extremamente amplo, o que torna ainda mais complexa, sem dúvida, a atividade do magistrado.

O fato de ter o legislador previsto diretrizes extremamente subjetivas, incertas, abstratas e não definidas em lei configura, antes de tudo, flagrante ofensa ao princípio da legalidade. Além disso, a margem de discricionariedade conferida ao magistrado põe em questionamento a justiça que se atribui a essa busca desmedida pela individualização da pena, revelando-se, em verdade, um quadro de insegurança jurídica em desfavor do réu.

Ainda que não se possam ignorar os problemas decorrentes do próprio texto do caput do artigo 59 do CP, a análise das diretrizes

dispostas neste dispositivo, mesmo daquelas que estão ligadas a características pessoais do agente (como a personalidade e a conduta social), deve ser voltada sempre para o fato delitivo cometido.

Não pode o magistrado, então, se acomodar nesse grau de abstração deixado pelo texto de lei e utilizar quaisquer aspectos inerentes ao sujeito para definir tais critérios de aplicação da pena-base, vez que, para fins de punição, o que deve importar é o delito em si, e nada que dele se distancie.

Ademais, cada passo dado pelo julgador em sua sentença deverá ser motivado, por ordem do princípio constitucional da motivação das decisões judiciais, previsto no artigo 93, IX, da Lei Maior e consolidado, na esfera criminal, através dos artigos 381, inciso III e 155, ambos do CPP.

A indicação dos motivos de fato e de direito que orientam o julgamento do magistrado é elemento que deve estar presente na sentença, de forma a garantir o efetivo exercício do contraditório, da ampla defesa, e, portanto, do devido processo legal. Caso contrário, deverá ser declarada a nulidade da decisão, desde que tenham ocorrido efetivos prejuízos à parte insatisfeita.

A tarefa de julgar confere ao magistrado um poder que se traduz no livre convencimento que o guia na verificação das provas colhidas nos autos (as quais não podem ser oriundas somente da fase de investigação preliminar, já que o contraditório apenas passa a ser garantido a partir do processo judicial), a fim de que ele exerça o juízo de imputação e, em caso de se optar por condenar o réu, que determine a pena a ser aplicada.

O exercício desse poder do julgador, no entanto, somente se legitima, segundo Lopes Jr. (2011), se subordinado à busca pelo saber relativo ao caso concreto, que é o verdadeiro fim a que está destinado o processo judicial. E, nesse contexto, o dever de motivar se insere como a forma de controle da racionalidade sobre o poder do magistrado no âmbito processual, que deságua na sentença.

E não se deve exigir do magistrado maiores fundamentos apenas quanto a sua escolha na tarefa de imputação (absolvição ou condenação). Embora o legislador tenha previsto, nos tipos, limites mínimo e máximo de pena, que acabam provocando um “conforto decisório” para os julgadores (os quais, em grande parte dos casos concretos, não despendem muito esforço para expor os motivos que lhe orientaram a fixação da reprimenda), é indispensável, também aqui, que sejam pontuadas as razões da decisão em cada etapa do procedimento de dosimetria penal.

O ato de julgar não exige uma neutralidade do juiz, mas apenas sua imparcialidade, vez que não há como desvincular a razão de seus sentimentos e emoções. E, justamente pela impossibilidade de separar as esferas do racional e do emocional, é conferida aquela ampla discricionariedade ao magistrado, poder este que merece ser controlado, através da observância do princípio da motivação, que deixará claro se restaram respeitados os princípios e garantias assegurados na Constituição e nas normas infraconstitucionais e, por certo, o conteúdo probatório colhido nos autos.

Portanto, evidente que qualquer julgamento é permeado de considerável subjetividade e, no âmbito do artigo 59 do CP, esse grau de subjetivismo é ainda mais amplo, devido à ausência de definição e consequentes abstração e incerteza que marcam as circunstâncias judiciais ali previstas.

Mas, mesmo se constatando serem ilegais e, portanto, inadmissíveis as referidas diretrizes, essa problemática não permite ao magistrado o poder de conferir fundamentos também vagos e incertos às suas decisões, pois, independente da dificuldade de julgar, o dever de motivar deve restar devidamente respeitado para que sejam evitados, por consequência, os constantes *decisionismos* que marcam a atividade judicial principalmente na análise do primeiro momento do cálculo penal.

Toda essa problemática abordada é fruto da busca, no sistema criminal brasileiro, pela individualização da pena, que, tendo sido

prevista como princípio-garantia na Constituição Federal, restou regulamentada no artigo 59 do Código Penal, este que prevê uma série de critérios para a fixação da pena-base – dentre outros fins.

Embora não se negue que a individualização da pena aparenta carregar todo um propósito de justiça, na medida em que se almeja, a partir do que previu o próprio texto constitucional, uma pena proporcional e razoável ao caso em concreto, o que se procura mostrar aqui é o cenário que essa busca acabou desencadeando.

Nesse rumo, restaram positivadas no artigo 59 do Código Penal diretrizes orientadoras do procedimento de cálculo da pena que, por seu próprio caráter subjetivo e difícil conceituação, não restaram definidas pelo legislador. Aqui, indo além da ofensa à reserva legal, há que se enfatizar como várias dessas circunstâncias ultrapassam os limites do fato cometido, indo ao encontro das características mais pessoais do agente, desenhando verdadeira culpabilidade do autor.

E mesmo que haja doutrinadores defendendo que uma circunstância como a conduta social, por exemplo, deva ser analisada sempre sob o enfoque da espécie de delito praticada, a verdade é que o grau de subjetividade do próprio ato de julgar, somado à abstração inerente a essa circunstância proporcionam discricionariedade (e dificuldade de analisar o critério) tão ampla ao magistrado, que escapa fácil do controle a possibilidade de se partir numa pesquisa sobre aspectos da vida do condenado que não guardam qualquer relação com a conduta criminosa.

Mesmo não sendo objetivo do presente trabalho cessar, mas apenas levantar a discussão sobre os problemas gerados pelo artigo 59, tem-se, por ora, que não cabe ser discutido ou controvertido o fato de que, independente de quaisquer dificuldades deixadas pelo texto legal, os magistrados, quando da aplicação da pena, não podem se desviar do cumprimento de seu dever de motivar, sob pena de serem desrespeitados o contraditório e a ampla defesa, garantias constitucionais básicas para um devido processo legal.

REFERÊNCIAS

ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. **Curso de Direito Processual Penal**. 7. ed. – Salvador: JusPodivm, 2012.

BATISTA, Nilo. *Pena pública em tempo de privatização*. In: PASSETI, Edson (Org.). **Curso livre de abolicionismo penal** – Rio de Janeiro: Revan, 2004.

BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução crítica à criminologia brasileira** – Rio de Janeiro: Editora Revan, 2011.

_____. *História sem fim*. In: PASSETI, Edson (Org.). **Curso livre de abolicionismo penal** – Rio de Janeiro: Revan, 2004.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**. 13. ed. – São Paulo: Saraiva, 2008.

BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 5. ed., ver. atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

BRASIL. **Código Penal**: Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de Dezembro de 1940. Rio de Janeiro: 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm>. Acesso em 9 abr. 2013.

_____. **Código de Processo Penal**: Decreto-Lei nº 3.689, De 3 De Outubro De 1941. Rio de Janeiro, 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em 9 abr. 2013.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 9 abr. 2013.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **Ação Penal nº 132.443-4**. Julgado em 20 mai. 2010. Relator: José Maurício Pinto de Almeida. Disponível em <<http://www.tjpr.jus.br>>. Acesso em 01 abr. 2013.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe. **Apelação Criminal nº**

1241/2011. Julgado em 03 dez. 2012. Relatora: Maria Angelica França E Souza. Disponível em <<http://www.tjse.jus.br>>. Acesso em 01 abr. 2013.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: Parte Geral, Vol. 1.** 15. ed. – São Paulo: Saraiva, 2011.

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas.** Tradução de Roberto Cabral Machado e Eduardo Jardim Morais – Rio de Janeiro: NAU, 2005.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral, Vol. 1.** 11. ed. – Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

JESUS, Damásio Evangelista de, **Direito Penal: Parte Geral.** 32. ed. – São Paulo: Saraiva, 2011.

KARAM, Maria Lúcia. *Pela abolição do sistema penal.* In: PASSETI, Edson (Org.). **Curso livre de abolicionismo penal** – Rio de Janeiro: Revan, 2004.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional: Volume II.** 5.ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

LYRA, Roberto. **Comentários ao Código Penal** – Rio de Janeiro: Forense, 1942 *apud* BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação.** 5. ed., ver. atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

MACHADO, Máira Rocha *et al.* **A complexidade do problema e a simplicidade da solução: a questão das penas mínimas.** Projeto Pensando o Direito. Série Pensando o Direito n° 17/2009. Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas: 2009. Disponível em <http://participacao.mj.gov.br/pensandoodireito/wp-content/uploads/2012/11/17Pensando_Direito.pdf>. Acesso em 13 mar. 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal: Parte Geral/Parte Especial.** 7. ed. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Cálculo de Pena e o Dever de Motivar.** Revista Brasileira de Ciências Criminais. Ano 2. n° 06, abril- junho de 1994.

WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán.** Trad. Juan Bustos Ramirez e Sergio Yañes Pérez – Chile: Jurídica de Chile, 1987 *apud* GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral, Vol. 1.** 11. ed. – Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

A atividade judicial de fixação da pena-base é assunto a merecer particular discussão na esfera jurídica, tendo em vista a amplitude dos problemas que estão envolvidos nesse contexto, em que se insere não só a abordagem sobre a redação do artigo 59 do Código Penal, mas também a análise do cenário criado pela busca da individualização da pena e, por fim, da questão do respeito e da constatação do desrespeito ao princípio da motivação das decisões judiciais. Objetivando alcançar a aplicação de sanções penais completamente individualizadas, o artigo do CP previu circunstâncias quantificadoras da pena-base que não somente expressam aspectos ligados ao crime cometido, mas se estendem à verificação de características pessoais e extremamente subjetivas, portanto, do condenado, orientando o tratamento penal frente a uma culpabilidade do autor. Nesse quadro, o princípio da individualização da pena assume relevante papel na construção da imagem do criminoso, admitindo a crença na pré-existência de traços do indivíduo que revelavam, antes mesmo da prática delitiva, o seu perfil de delinquente. Por outro lado, aparece a problemática da práxis judiciária, esta permeada de uma série de decisórios em que a atividade de aplicação da pena-base é desenvolvida sem maiores preocupações para com o respeito ao princípio constitucional da motivação das decisões judiciais, resultando em flagrante ofensa ao contraditório, ampla defesa e, por conseguinte, ao devido processo legal.