



PUC GOIÁS

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE GOIÁS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO, RELAÇÕES
INTERNACIONAIS E DESENVOLVIMENTO – MESTRADO**

MARCELO ANDRÉ DE AZEVEDO

DETERMINAÇÃO JUDICIAL DA PENA DE PRISÃO

**Goiânia
2013**

MARCELO ANDRÉ DE AZEVEDO

DETERMINAÇÃO JUDICIAL DA PENA DE PRISÃO

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento da Pontifícia Universidade Católica de Goiás como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito, sob a orientação do Professor Doutor Ari Ferreira de Queiroz.

**Goiânia
2013**

Azevedo, Marcelo André de.
A994d Determinação judicial da pena [manuscrito] / Marcelo André
de Azevedo. – Goiânia, 2013.
204 f. : il. ; graf.; 30 cm.

Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de
Goiás, Programa de Pós-Graduação em Direito, Relações
Internacionais e Desenvolvimento, 2013.

“Orientador: Prof. Dr Ari Ferreira de Queiroz”.

Bibliografia: f. 199-204.

1. Pena (Direito). I. Queiroz, Ari Ferreira. II. Pontifícia
Universidade Católica de Goiás, Programa de Pós-Graduação em
Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento. III. Título.

CDU 343(043)

MARCELO ANDRÉ DE AZEVEDO

DETERMINAÇÃO JUDICIAL DA PENA DE PRISÃO

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento da Pontifícia Universidade Católica de Goiás, para obtenção do título de mestre. Aprovada em 12 de novembro de 2013, pela Banca Examinadora constituída pelos seguintes professores:

Dr. Ari Ferreira de Queiroz
Prof. Orientador e Presidente da Banca
PUC-GO

Dr. Gil César Costa de Paula
Prof. Membro da Banca
PUC-GO

Dr^a. Bartira Macedo Miranda Santos
Prof^a. Membro da Banca (Convidado)
UFG

AGRADECIMENTOS

Durante o período do programa do mestrado tive a oportunidade de conviver e trocar experiências com os notáveis professores e colegas de curso, de sorte que agradeço de forma geral a todos que contribuíram no transcorrer da trajetória.

Agradeço especialmente ao professor Ari Ferreira Queiroz pela orientação e incentivo com vistas à conclusão do trabalho, bem como ao professor Gil César Costa de Paula e à professora Bartira Macedo de Miranda Santos pelas sugestões apresentadas no momento da qualificação, as quais levaram à alteração e enriquecimento do trabalho.

Por fim, agradeço aos meus familiares, que suportaram minha ausência durante as horas dedicadas ao estudo e à pesquisa.

RESUMO

A liberdade do ser humano ao ser confrontada com a pena merece espaço de destaque no cenário jurídico. O sistema de determinação de pena do ordenamento brasileiro impõe a cooperação entre legislador e juiz, cabendo ao legislativo a cominação da pena abstrata e ao julgador, em decisão adequadamente motivada, fixar a reprimenda concreta dentro do marco legal punitivo. Na função de seu dimensionamento concreto e no exercício da discricionariedade judicial, perpassa o magistrado por fases distintas, pelas quais afere circunstâncias indicadas na lei que revelam maior ou menor grau de reprovabilidade do crime ou do agente. O objetivo do presente trabalho é investigar se as circunstâncias são suficientes para aplicação da pena adequada. Na sua execução é utilizado o método dedutivo, com exame da legislação e jurisprudência pátrias, bem como da doutrina nacional e estrangeira. Verifica-se que o Código Penal adota um modelo de cominação de pena com limites mínimo e máximo e traz as circunstâncias a serem consideradas em sua concretização, concedendo discricionariedade judicial, sem, no entanto, especificar detalhadamente as regras para a sua aplicação. Além da análise das funções e princípios regentes sobre a pena, analisa-se todas as circunstâncias judiciais e legais, bem como algumas causas de diminuição e aumento. Nessa análise se verifica as dificuldades encontradas para a aplicação da pena adequada, como a discrepância e ausência de critérios para explicação do fundamento das circunstâncias, o que conduz à: a) incoerência da sua concretização; b) dupla valoração da mesma situação fática para o mesmo fim, acarretando o *bis in idem*; c) ausência de regras sobre o *quantum* de cada circunstância judicial ou legal; d) confusão doutrinária e jurisprudencial entre a diferença da existência das elementares com o seu alcance. Conclui-se que no centro da discricionariedade judicial estão as circunstâncias, mas que, em razão das dificuldades encontradas para a sua aferição e aplicação, não se mostram suficientes para a concretização da pena adequada, de modo a não fornecer critérios seguros para o embasamento do ato judicial. Enquanto não houver a superação das dificuldades apresentadas, corre-se o risco de a pena afastar-se da sua legítima medida e o réu se ver tolhido em sua liberdade pelo excesso de poder punitivo estatal.

Palavras-chave: Pena. Dimensionamento. Circunstâncias. Discricionariedade. Limites. Dificuldades.

RESUMEN

La libertad del ser humano cuando se confronta con la pena merece un espacio destacado en el escenario legal. El sistema de determinación de la pena del ordenamiento jurídico brasileño exige la cooperación entre legislador y juez, dejando al legislador la conminación de la pena in abstracto y al juez, en decisión debidamente motivada, la fijación de la pena concreta dentro del marco legal punitivo. En la función de fijación de la pena concreta y en el ejercicio concreto de la discrecionalidad judicial, el juez pasa por fases distintas, en las cuáles evalúa condiciones indicadas en la ley que revelan mayor o menor grado de reproche del crimen o del agente. El objetivo de este estudio es investigar si las circunstancias son suficientes para la aplicación de la pena adecuada. En su desarrollo se utiliza el método deductivo, con el examen de la legislación y jurisprudencia patrias, así como de la doctrina nacional y extranjera. Se constata que el Código Penal adopta un modelo de conminación de pena con límites mínimo y máximo, lo cual prevé las circunstancias que deben ser consideradas en su concreción, posibilitando, así, la discrecionalidad judicial. Sin embargo, este modelo no especifica con detalle las reglas para la aplicación de estas circunstancias. Además del análisis de las funciones y principios que rigen la pena, se analiza todas las circunstancias y procedimientos judiciales, así como algunas causas de disminución y aumento. En este análisis se verifica las dificultades encontradas en la aplicación de la pena adecuada, a ejemplo de la discrepancia y falta de criterios que expliquen la consideración de alguna circunstancia, lo que conduce a: a) incoherencia de la concreción de la pena; b) doble valoración de hechos idénticos para idéntico propósito (*bis in ídem*); c) ausencia de reglas sobre el quantum de cada circunstancia judicial o legal; d) confusión doctrinal y jurisprudencial entre existencia de elementares y su alcance. Se concluye que en el centro de la discrecionalidad judicial están las circunstancias, pero que, debido a las dificultades para su mensuración y aplicación, ellas no parecen suficientes para la concreción de la pena adecuada, por no ofrecer criterios firmes para el embasamiento del acto judicial. Mientras no se supere las dificultades presentadas, habrá siempre el riesgo de que la pena se aleje de su legítima medida y el reo se vea afectado en su libertad por el exceso de poder punitivo estatal.

Palabras-clave: Pena. Fijación. Discrecionalidad. Límites. Dificultades.

SUMÁRIO

| | |
|--|------------|
| RESUMO..... | 06 |
| RESUMEN..... | 07 |
| INTRODUÇÃO..... | 10 |
| CAPÍTULO I FUNDAMENTOS DO DIREITO DE PUNIR E O SISTEMA DA PENA..... | 13 |
| 1 FUNÇÕES DA PENA..... | 13 |
| 2 PRINCÍPIOS PENAIIS RELATIVOS À PENA..... | 31 |
| 3 SISTEMAS DE DETERMINAÇÃO DA PENA..... | 57 |
| CAPÍTULO II DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA DE PRISÃO..... | 66 |
| 1 ELEMENTARES E CIRCUNSTÂNCIAS..... | 67 |
| 2 APLICAÇÃO DA PENA-BASE: CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS..... | 77 |
| 3 FORMAS DE APLICAÇÃO DAS AGRAVANTES E ATENUANTES..... | 85 |
| 4 CAUSAS DE AUMENTO E DE DIMINUIÇÃO..... | 91 |
| 5 SÍNTESE..... | 95 |
| CAPÍTULO III CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS..... | 97 |
| 1 CULPABILIDADE..... | 98 |
| 2 ANTECEDENTES..... | 108 |
| 3 CONDUTA SOCIAL..... | 118 |
| 4 PERSONALIDADE..... | 120 |
| 5 MOTIVOS..... | 123 |
| 6 CIRCUNSTÂNCIAS..... | 126 |
| 7 CONSEQUÊNCIAS DO CRIME..... | 128 |
| 8 COMPORTAMENTO DA VÍTIMA..... | 133 |
| CAPÍTULO IV CIRCUNSTÂNCIAS LEGAIS..... | 137 |
| 1 CIRCUNSTÂNCIAS AGRAVANTES..... | 137 |
| 2 CIRCUNSTÂNCIAS ATENUANTES..... | 168 |

| | |
|---|------------|
| CAPÍTULO V CAUSAS DE DIMINUIÇÃO E DE AUMENTO..... | 183 |
| 1 CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS..... | 183 |
| 2 EMPREGO DE ARMA NO CRIME DE ROUBO..... | 187 |
| 3 RELAÇÕES FAMILIARES, LEGAIS E DE AUTORIDADE NOS CRIMES CONTRA VULNERÁVEIS..... | 193 |
| CONCLUSÃO..... | 196 |
| REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS..... | 199 |

INTRODUÇÃO

O Direito Penal, em uma perspectiva formal, é considerado como um conjunto de normas jurídicas por meio do qual o Estado proíbe determinadas condutas, sob ameaça de pena. Em sua perspectiva material, é compreendido como proteção subsidiária de bens jurídicos.

Não se pode negar que a mais relevante das consequências jurídicas impostas a certos comportamentos considerados socialmente nocivos é a pena, dentre as quais se insere a de prisão, sem esquecer que ao lado desta o direito penal prevê a medida de segurança, cujo pressuposto é a periculosidade do agente.

Todo esse significado se mostra porque a pena tolhe a liberdade do indivíduo, considerada um dos direitos mais relevantes da nossa ordem jurídica e, conseqüentemente, sujeita a um sistema de garantias constitucionais, e, sem sombra de dúvidas, um dos pilares do Direito Penal.

Nessa linha, e segundo o princípio da legalidade penal, cabe ao legislador ordinário a tarefa de definir quais os comportamentos humanos serão considerados crimes, bem como modelar a proteção ao bem jurídico tutelado pela norma com a resposta proporcional na sanção cominada e nos critérios determinadores de aplicação judicial da pena.

O sistema de determinação de pena adotado pelas legislações modernas interliga o trabalho legislativo com o judicial. No processo de criação da figura típica o legislador fixa limites mínimo e máximo, comina espécies de pena e estabelece quais circunstâncias o juiz deve levar em consideração no momento da aplicação

concreta da reprimenda. Dentro do seu espaço de discricionariedade, restará ao juiz cumprir a tarefa de escolher as espécies e a quantidade (extensão) da pena a ser aplicada dentro do marco punitivo. Ao modular a quantidade da pena de prisão, observará as circunstâncias indicadas pelo legislador, que revelam maior ou menor reprovabilidade delitiva.

Nesse ponto sobleva a importância do tema para o cenário jurídico, ao analisar e discutir se as circunstâncias a serem aferidas e consideradas no processo dosimétrico são suficientes para aplicação da pena legítima e, assim, capazes de proteger a liberdade contra excessos do poder punitivo.

Com efeito, visou-se investigar se existe divergência doutrinária e jurisprudencial na apreciação das circunstâncias do crime, em especial quanto ao seu fundamento, definição e formas de aplicação, tendo em vista que a pena concreta será ajustada conforme a análise de cada circunstância delitiva. Para que o ato judicial seja adequadamente motivado devem existir critérios precisos para medição da adequação, de modo que da abordagem das circunstâncias, as quais estão no centro da discricionariedade judicial, se poderá defluir a resposta sobre a possibilidade de ser aplicada a pena legítima.

A execução do trabalho primou pelo exame da doutrina nacional e estrangeira com a utilização do método dedutivo, o que permitiu a análise da problemática frente aos principais institutos da dogmática penal referentes à pena, bem como a sua conformação ou contestação com as hipóteses aventadas.

Desse modo, foram abordadas no Capítulo I, as principais teorias das penas. Isso porque, os seus parâmetros e limites possuem estreita imbricação com as correntes absolutas e preventivas que a justificam, sendo que muitas circunstâncias judiciais e legais nelas se fundam para legitimar a sua criação e aplicação.

Ainda no Capítulo I foram tratados os principais princípios penais constitucionais e analisada a relação do bem jurídico com a criação do crime e sua correspondente pena, porquanto compreendida neste campo a sintonia entre a sanção, a dignidade e o grau de lesividade do bem, sem descuidar da questionável

relação das qualidades do agente do crime na cominação e aplicação da reprimenda. Por isso, foi relevante ocupar-se em especial dos princípios da lesividade, da culpabilidade e da individualização da pena. Esse estudo foi essencial para justificar o fundamento de validade das circunstâncias analisadas nos Capítulos III, IV e V. Por fim, abordou-se ainda no Capítulo I os sistemas de determinação de pena, em especial o adotado pelo Código Penal, justamente para preparar as bases para obtenção da resposta que se pretende chegar na conclusão do trabalho, repita-se, se as circunstâncias são capazes de conduzir efetivamente o juiz à aplicação da pena legítima ou adequada.

Procurou-se no Capítulo II investigar a atividade judicial de aplicação pena, de modo que foi necessário analisar os fatores que o legislador considera para sua cominação, bem como foram indicadas as regras legais de sua aplicação judicial e as construções doutrinárias e jurisprudenciais sobre o tema.

Nos Capítulos III, IV e V, referentes à determinação judicial das circunstâncias judiciais, legais e causas de diminuição e aumento, visou-se abordar de forma detalhada cada uma das circunstâncias – indicativas de maior ou menor reprovabilidade - a serem consideradas no processo dosimétrico, bem como se a legislação regula o sistema de determinação de pena de modo seguro e criterioso.

Nestes capítulos, foi necessário identificar o cruzamento entre os elementos do tipo, o seu alcance e as circunstâncias do crime, para se abordar a questão relacionada ao odioso *bis in idem*, demonstrando a existência de divergente colorido atribuído à determinada situação fática. Nesse contexto, foi investigado se é possível a valoração de elementos do tipo na dosagem da pena. Não foi deixada de lado a discussão sobre a possibilidade de a dimensão subjetiva ser considerada na fixação da pena, justamente por remontar, segundo parte considerável da doutrina, ao denominado Direito Penal de autor.

CAPÍTULO I FUNDAMENTOS DO DIREITO DE PUNIR E O SISTEMA DA PENA

1 FUNÇÕES DA PENA

1.1 Conceito de pena

O Direito Penal é um conjunto de normas jurídicas que tem a pena como consequência jurídica a um fato cometido,¹ conforme o princípio *nulla poena sine crimine*. Como bem assinalado por Ferrajoli:

a pena, segundo este princípio formulado nitidamente nas céleres definições de GRÓCIO, PUFENDORF e THOMASIIUS, é uma sanção cominada *ab malum actionis, iu antecessi delicti, ou propter delictum*, isto é, aplicável quando se tenha cometido um delito, que constitui sua causa ou condição necessária e do qual se configura como efeito ou consequência jurídica.²

Compreende-se a pena como espécie de sanção penal consistente na privação de determinados bens jurídicos que o Estado impõe em razão da prática de um fato definido como infração penal.³ A pena constitui a sanção penal tradicional que caracteriza o Direito Penal, bem como constitui a sua arma fundamental.⁴

As penas são classificadas em corporais, privativas de liberdade, restritivas de liberdade, restritivas de direitos e pecuniárias.

As penas corporais atingem a integridade física do criminoso e podem ser

¹ MEZGER, Edmund. *Derecho penal: parte general*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica da Argentina, 1958, p. 28.

² FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 339.

³ BRUNO, Aníbal. *Direito penal: parte geral*. T. 3. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 22.

⁴ PUIG, Santiago Mir. *Direito penal: fundamentos e teoria do delito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 36.

supressivas, como a pena de morte, ou aflitivas, por causarem sofrimento, tais como a tortura, a lapidação, os açoites e as mutilações. Entretanto, segundo art. 5º, XLVII, da Constituição Federal, “*não haverá penas de morte, salvo em caso de guerra declarada, de trabalhos forçados e cruéis*”.⁵

As penas de prisão são cumpridas temporariamente ou de forma perpétua. Nosso ordenamento jurídico não admite penas de caráter perpétuo.⁶ As chamadas penas restritivas de liberdade afetam o direito de ir e vir sem que se recolha o condenado à prisão, como ocorre nos casos de confinamento e banimento. A Constituição Federal veda expressamente a pena de banimento (art. 5º, XLVII).⁷ Com menor rigor lesivo na esfera dos direitos do condenado tem-se as penas restritivas de direitos e as pecuniárias.

Sanção penal, por sua vez, é um gênero do qual as penas e as medidas de segurança são as suas duas espécies. Antes da reforma do Código Penal de 1984, a medida de segurança se aplicava aos imputáveis e aos inimputáveis. Com a alteração legislativa, se aboliu o sistema do duplo binário, destinando a sua aplicação somente aos inimputáveis e aos semi-imputáveis.⁸

Segundo a legislação pátria, praticado um fato típico e ilícito e afirmada a culpabilidade (imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa), surge a possibilidade de aplicação da pena. Se afastada a culpabilidade pela inimputabilidade do agente (art. 26, *caput*, do Código Penal⁹),

⁵ BRASIL. Constituição Federal. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 01 jan. 2013.

⁶ BRASIL. Constituição Federal. “Art. 5º, XLVII - não haverá penas: ... b) de caráter perpétuo;”. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 01 jan. 2013.

⁷ BRASIL. Constituição Federal. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 01 jan. 2013. <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 01 jan. 2013.

⁸ FERRARI, Eduardo Reale. *Medidas de segurança e direito penal no estado democrático de direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 38-40.

⁹ BRASIL. Código Penal. “Art. 26 - É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm> Acesso em: 01 jan. 2013.

impõe-se a medida de segurança (exemplo: internação em hospital de custódia ou tratamento psiquiátrico).¹⁰

Apesar de serem espécies de sanção penal distintas, pena e medida de segurança possuem fundamentos diversos. A pena pressupõe a culpabilidade e a medida de segurança a periculosidade, manifestada pela prática de um fato considerado típico e ilícito.

Quando se pensa em pena no âmbito do Direito Penal logo vem a imagem da prisão, justamente por ser a pena privativa de liberdade a mais grave das reprimendas cominadas em nosso ordenamento jurídico, eis que tolhe o caro direito à liberdade da pessoa. Por isso, quanto mais seguro e preciso for o sistema de determinação de pena mais eficaz será o respeito ao direito fundamental à liberdade, o qual sempre mereceu destaque e foi objeto de preocupação e batalhas na trajetória da humanidade.

1.2 Teorias legitimadoras da pena

Na história da repressão penal, a pena evoluiu da vingança privada, passou para a divina e atingiu a pública.¹¹ O problema da sua justificação, segundo Ferrajoli, é talvez o problema clássico da filosofia do Direito.¹² Justificá-la é encontrar os fundamentos que a sociedade utiliza para o exercício da violência sobre alguém em reação ao fato criminoso.

Duas teorias se destacam dentro da histórica discussão acerca dos seus fins, quais sejam: as teorias absolutas, que consideram a pena uma forma de retribuição do crime cometido; e as teorias relativas, que visualizam na pena um meio para se realizar o fim utilitário da prevenção de crimes.

A escola clássica mantém o critério legitimante de justiça por meio das teorias absolutas, ao passo que a escola positiva no critério da utilidade através das

¹⁰ BRASIL. Código Penal. “Art. 97 - Se o agente for inimputável, o juiz determinará sua internação (art. 26). Se, todavia, o fato previsto como crime for punível com detenção, poderá o juiz submetê-lo a tratamento ambulatorial”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm> Acesso em: 01 jan. 2013.

¹¹ MEDEIROS, Rui. *Prisões abertas*. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 2.

¹² FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 230.

teorias relativas da pena. Essa tensão entre as ideias influenciadas por justiça ou utilidade social gera distintos modelos de Estado, liberal ou social, respectivamente.¹³

É comum caracterizar o contraponto do princípio '*punitur, quia peccatum est*' (pune-se pelo fato cometido) ao princípio '*punitur, ne peccetur*' (pune-se a fim de evitar delitos futuros).¹⁴ Dessas duas expressões teóricas existem outras variantes denominadas teorias mistas, unitárias ou ecléticas, mas sempre procurando uma combinação das duas primeiras posições.

Saliente-se, ainda, a existência da relação estreita entre a função do Direito Penal e as teorias que buscam justificar a pena, já que toda teoria sobre os fins da pena deve cumprir as funções do Direito Penal, dentre as quais se destacam a social, caracterizada pela prevenção do delito com vistas à proteção de bens jurídicos.

Por fim, é curial frisar que as finalidades da pena não podem ser afastadas das razões ou fundamentos das circunstâncias a serem consideradas no processo dosimétrico. Isso porque, na medida da pena, como se verá, o juiz levará em consideração critérios de retribuição e prevenção. Nessa análise, o magistrado buscará suporte em situações fáticas apresentadas como circunstâncias do crime.

Ou seja, no momento da fixação da reprimenda, o juiz, ao analisar as circunstâncias, não pode se descurar dos ideais de retribuição e prevenção. Como o objetivo do presente trabalho é investigar se as circunstâncias são suficientes para a aplicação de uma pena legítima, é imprescindível analisar todos os fatores que com elas se relacionam, tais como as referidas funções da pena.

1.3 Teorias absolutas

As denominadas teorias absolutas se fundam na ideia de transformação do mal em mal para realização de justiça, e possuem origens seculares. Podem ser encontradas nos ordenamentos primitivos como vingança de sangue, bem como na

¹³ BACIGALUPO, Enrique. *Derecho penal: parte general*. 2. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 1999, p. 30.

¹⁴ MEZGER, Edmund. *Derecho penal: parte general*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica da Argentina, 1958, p. 377.

tradição hebraica como preceito divino e norteiam-se pelos ideais de expiação, vingança e reequilíbrio entre a pena e o delito.¹⁵

Para a igreja e, ao longo da idade média, o crime era considerado um pecado.¹⁶ Sobre a base do cristianismo foi se desenvolvendo a ideia de responsabilidade ética individual do infrator e a pena como resposta a uma culpabilidade moral.¹⁷

Kant (1724-1804) se destaca com uma teoria rigidamente absoluta. A pena deve ser imposta ao criminoso em razão da prática do fato delitivo e não por outro motivo, sendo uma forma de retribuição ética. Para Kant, ainda que a sociedade e o Estado desaparecessem e a população resolvesse dispersar-se pelo mundo:

teria o último assassino que se encontrasse na prisão de ser previamente enforcado, para que assim cada um sinta aquilo de que são dignos os seus actos e o sangue derramado não caia sobre o povo que se não decidiu pela punição, porque ele poderia então ser considerado como participante nesta violação pública da justiça.¹⁸

A pena não é um meio para recuperar o delinquente, mas sim para realização da justiça. Como a lei penal é um imperativo categórico, aplica-se a pena porque houve à infringência à norma, ainda que seja desnecessária para a sociedade. Segundo Salo de Carvalho:

O modelo penalógico de Kant é estruturado na premissa básica de que a pena não pode ter jamais a finalidade de melhorar ou corrigir o homem, ou seja, o fim utilitário ilegítimo. Se o direito utilizasse a pena como instrumento de dissuasão, acabaria por mediatizar o homem, tornando-a imoral. Logo, a penalidade teria como thelos a imposição de um mal decorrente da violação do dever jurídico, encontrando neste mal (violação do direito) sua devida proporção.¹⁹

Em Hegel, o crime é visto como a negação do direito e a pena como a negação do crime. A pena é uma retribuição jurídica, sendo uma forma de negação

¹⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 237.

¹⁶ MEZGER, Edmund. *Derecho penal: parte general*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica da Argentina, 1958, p. 381.

¹⁷ STRATENWERTH, Günther. *Derecho penal - parte general I: el hecho punible*. Buenos Aires: Hammurabi, 2008, p. 30.

¹⁸ *Metaphysik der Sitten*, 1797, p. 331 y 333, Staatsrecht, n. E, *apud* MEZGER, Edmund. *Derecho Penal: parte general*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica da Argentina, 1958, p. 382

¹⁹ CARVALHO, Salo de. *Pena e garantias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 122.

da negação, anulando-se, assim, o crime para se restabelecer o ordenamento violado.²⁰ Em outras palavras, com a prática do crime a ordem jurídica, manifestada pela vontade geral, é negada pelo criminoso (vontade especial), de sorte que com a aplicação da pena - negação do crime - restabelece-se a vigência da ordem jurídica.

Em sua conhecida fórmula dialética percebe-se que a pena visa ao passado, com a negação do crime já praticado, e não à recuperação do criminoso ou à intimidação da sociedade, eliminando-se, assim, seus fins utilitários.

No que tange as ideias absolutas, Mezger muito bem pontua que a filosofia do direito da primeira metade do século XIX afirma sua influência no sentido de uma fundamentação absoluta de Direito Penal no mandamento religioso (Stahl), em uma evolução lógico-dialética (Hegel) ou em uma retribuição de caráter estético (Herbart), e que Binding proclama na década de 1870-1880 e no início da década seguinte que as teorias absolutas eram as únicas dignas de serem tidas como científicas.²¹

Verifica-se pelas teorias absolutas que a pena se mostra legítima como retribuição de uma lesão culpável, sendo o seu fundamento exclusivamente a justiça ou a necessidade moral, mesmo que não seja útil.²² A culpabilidade do infrator do direito exige e justifica a pena, bem como se pressupõe que o fato se deve a uma livre decisão de vontade, objeto de reprovação moral.²³

Assevera Luiz Régis Prado que:

para os partidários das teorias absolutas da pena, qualquer tentativa de justificá-la por seus fins preventivos (razões utilitárias) – como propunham, por exemplo, os penalistas da Ilustração – implica afronta à dignidade humana do delinquente, já que este seria utilizado como instrumento para a consecução de fins sociais.²⁴

²⁰ *Apud* DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral*. T. I. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra, 2007, p. 46.

²¹ MEZGER, Edmund. *Derecho penal: parte general*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica da Argentina, 1958, p. 383.

²² BACIGALUPO, Enrique. *Derecho penal: parte general*. 2. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 1999, p. 32.

²³ STRATENWERTH, Günther. *Derecho penal – parte general I: el hecho punible*. Buenos Aires: Hammurabi, 2008, p. 31.

²⁴ PRADO, Luiz Régis. *Curso de direito penal brasileiro*. V.1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 290.

Pelo ideal retribucionista, a pena tem o fim de realizar a justiça, sendo vista como meio de retribuição justa pelo cometimento do crime. Parte-se da ideia que o mal não deve restar impune, de modo que o delinquente deve receber um castigo como forma de retribuição do mal causado, resultando na realização da justiça. A pena não possui nenhum fim socialmente útil, como, por exemplo, a prevenção de delitos, mas somente castigar o criminoso pela prática do delito.

Em Jorge de Figueiredo Dias encontra-se crítica às teorias retribucionistas pelo fato de sua ilegitimidade num Estado Democrático pluralista e laico dos nossos dias. Não é função do Estado fazer “Justiça” como uma espécie de justiça divina, bem como ressalta que a pena retributiva é inimiga de qualquer tentativa de socialização do criminoso e da restauração da paz jurídica da comunidade afetada.²⁵

São insustentáveis as versões de retribuição moral (Kant) e jurídica (Hegel) na ótica de Ferrajoli, por inexistir nexos entre culpa e punição. Sustenta ser irrazoável a crença de a pena ser uma forma de restauração ou reafirmação. Ressalta ainda os equívocos teóricos nas doutrinas retributivistas sobre a questão do ‘porquê punir?’, referente à legitimidade externa da pena, com a questão do ‘como punir?’, relacionada à legitimidade interna.²⁶

Stratenwerth afirma que uma teoria absoluta somente pode basear-se na retribuição externa como tal, infligindo um mal mediante o qual o autor é punido pela sua falta. É grande a indignação social em casos de graves violações ao direito a revelar a existência de necessidade de retribuição.²⁷

Na visão de Bacigalupo, as teorias absolutas carecem de fundamento empírico e são irracionais, bem como é pura ficção a afirmação de que a pena irá suprimir o mal causado pelo delito, de modo que o único ponto a seu favor seria o

²⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral*. T. I. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra, 2007, p. 48-49.

²⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 238-239.

²⁷ STRATENWERTH, Günther. *Derecho penal - parte general I: el hecho punible*. Buenos Aires: Hammurabi, 2008, p. 34.

sentido limitador de impedimento a utilização do condenado para fins preventivos gerais, no sentido de intimidação da sociedade.²⁸

Em análise crítica, Roxin afirma que a teoria retributiva atualmente não pode ser sustentada cientificamente. Isso porque, o Estado, como instituição humana, não é capaz de realizar a ideia metafísica de justiça, nem possui legitimidade para isso, mas sim está limitado a uma tarefa de proteção, assegurando a convivência das pessoas em paz e liberdade.²⁹ No mesmo sentido, considera Bitencourt que o Direito Penal e a pena buscam tornar possível a convivência social e não a metafísica necessidade de realizar a Justiça.³⁰

De fato, se esperar que a pena seja uma medida de justiça é buscar uma missão ilegítima e inatingível. Não há como mensurar uma exata correlação do nível de ofensa com a quantidade da retribuição em termos de “justiça”. De qualquer modo, como vetor limitativo da culpabilidade desponta a ideia de retribuição como um fator relevante no processo de criação e interpretação das normas correspondentes às sanções penais.

Das ideias de realização de justiça e da compensação do delito pelo mal acarretado pela pena se pode defluir que as teorias absolutas possuem como virtude a ideia de proporcionalidade entre a ofensa do bem jurídico causada pela conduta e a correspondente sanção a ser imposta, conduzindo a um vetor limitativo ao Estado e à garantia aos direitos à liberdade e ao patrimônio do cidadão, os quais são afetados com a aplicação da sanção penal.

Essa ideia de proporcionalidade entre ofensa ao bem jurídico e espécie e quantidade de pena pode ser perfeitamente utilizada como fundamento para a criação do tipo penal pelo legislador. Isso porque, ao escolher o bem ou interesse a ser protegido pelo Direito Penal, o legislador criará a figura típica com elementos que traduzem a tutela pretendida, cominando, conseqüentemente, a pena proporcional, levando em consideração, para essa finalidade, a dignidade do bem e o nível de sua lesividade.

²⁸ BACIGALUPO, Enrique. *Derecho penal: parte general*. 2. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 1999, p. 32.

²⁹ ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. T. I. 2. ed. Madrid: Civitas, 1997, p. 84.

³⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 114.

Por sua vez, ao exercer seu espaço de discricionariedade, o juiz concretizará a reprimenda, então cominada entre um mínimo e máximo – conforme sistema da relativa determinação -, observando as circunstâncias que conferem maior ou menor gravidade ao fato.

1.4 Teorias preventivas

As teorias relativas buscam legitimar a pena por meio de um determinado fim. Podem consistir na intimidação da sociedade no sentido de inibir os impulsos de potenciais criminosos indeterminados, como forma de prevenção geral, bem como visam a uma atuação sobre o próprio autor do delito praticado, inibindo a reiteração do fato delituoso, situação denominada de prevenção especial ou individual da pena.

Para a referida corrente, a pena possui a finalidade de prevenir delitos como meio de proteção aos bens jurídicos. Assim, ao contrário das teorias absolutas, a finalidade não é a *retribuição*, mas sim a *prevenção*.

Mezger sintetiza a sua evolução iniciando em Protágoras (480-411 a.c), do qual se extrai a teoria mais antiga de Direito Penal, com ideias preventivas de intimidação, correção e inocuização, sendo contrário às Leis de Talião, além de condenar a retribuição no sentido de vingança. Hugo Grotius (1625) idealiza a pena em sua utilidade para o futuro, ao passo que Hobbes, Puffendorf e Christian Wolf sustentam que a intimidação deve servir ao Estado. No início do século XIX o Direito Penal sofre forte influência dos fins relativos das penas, mas que acabam se contradizendo. Passa-se, então, a discutir as distintas teorias da prevenção. A teoria da coação psicológica de Feuerbach apregoa que a prevenção geral tem a pena o sentido de prevenir os delitos. Grolman, por sua vez, destaca o fim preventivo especial da pena.³¹

1.4.1 Prevenção geral

Segundo o postulado da prevenção geral a finalidade da pena consiste em intimidar a sociedade visando evitar o surgimento de delinquentes. A atuação da pena é dirigida genericamente à sociedade e não especialmente ao criminoso.

³¹ MEZGER, Edmund. *Derecho Penal: parte general*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica da Argentina, 1958, p. 382.

Nessa visão, quanto maior a pena maior a intimidação.

O maior expoente da prevenção geral foi Anselm v. Feuerbach (1775-1833), o qual sustentava que era: *“una preocupación del Estado, que se hace necesaria por el fin de la sociedad, que aquel que tenga tendencias antijurídicas se vea impedido psicológicamente de motivarse según estas tendencias”*.³²

Para Feuerbach, o crime possui uma causa psicológica que se liga ao prazer, de modo que este impulso deve ser cancelado com a coação de que a prática do fato resultará em mal maior (pena) se comparado com o desgosto da insatisfação de seu impulso. Desse modo, a lei intimida todos os cidadãos e a execução deve dar efetividade à lei.³³

O Direito Penal pode dar uma solução à criminalidade, sendo a pena uma ameaça legal dirigida aos cidadãos para que se abstenham de cometer delitos, acarretando numa coação psicológica com a qual se pretende evitar o crime³⁴, ou seja, busca-se a intimidação da sociedade pela ameaça da aplicação da pena aos que vierem a delinquir. Essa perspectiva de Feuerbach de intimidação de potenciais infratores é atualmente denominada de prevenção geral negativa.

Menciona Hassemer que a jurisprudência dos tribunais superiores da Alemanha indicou uma nova vertente, a denominada teoria da prevenção geral positiva, a qual foi posteriormente aperfeiçoada pela doutrina e revisada pela criminologia.³⁵

Em Welzel se nota uma versão eticizante dessa prevenção geral positiva ou de integração. O autor sustenta que a lei penal enfatiza certos valores ético-sociais e a atitude de respeito à vigência da norma, como uma forma de conscientização jurídica da população, promovendo, assim, uma integração social.

³² FEUERBACH, Anselm V. *Revisión der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, 1799, 1.1, p. 43, *apud* BACIGALUPO, Enrique. *Derecho penal: parte general*. 2. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 1999, p. 33.

³³ FEUERBACH, Anselm V. *Tratado de derecho penal*. Traducción al castellano de la 14ª ed. Alemana por Eugênio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer. 1. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2007, p. 52-53.

³⁴ PUIG, Santiago Mir. *Direito penal: fundamentos e teoria do delito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 64.

³⁵ HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do direito penal*. Trad. Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005, p. 423.

Como consequência do fortalecimento da consciência jurídica estar-se-ia protegendo bens jurídicos relevantes.³⁶

Para Jakobs³⁷, o crime é um desequilíbrio ao sistema social. A forma deste ser reequilibrado ocorre com a aplicação da pena justa, ou seja, a reprimenda seria uma forma de estabilização do sistema. Trata-se da concepção denominada *integradora ou estabilizadora*. Nessa versão sistêmica, a pena tem a missão preventiva de manter a norma como esquema de orientação. Com a pena confirma-se a identidade normativa da sociedade. Aquele que confia na norma deve ser confirmado em sua confiança. A pena é uma forma de reforçar simbolicamente a confiança da população na vigência da norma, porquanto imprescindível para a existência da sociedade.

Observa-se que essa concepção sistêmica possui laços estreitos com a teoria retribucionista de Hegel,³⁸ bem como possui explicações abstratas desvinculadas de dados empíricos. Posteriormente, num denominado “giro fático”, Jakobs dá novos contornos à sua concepção, passando a afirmar as funções da pena em manifestas e latentes.

Afirma que pessoas de direito são reconhecidas como portadoras de obrigações e direitos e não se caracterizam pelos seus bens, de modo que o Direito Penal não deve definir-se como lesão de bens e sim de normas. A pena deve ser entendida em seu significado lesivo não para o bem jurídico, mas sim para a norma, e, com isso, como constatação de que a estabilidade normativa permanece inalterada, confirmando a identidade da sociedade. Com efeito, a função manifesta da pena, dirigida às pessoas de direito, consiste na confirmação da identidade da sociedade, isto é, na estabilidade normativa.³⁹ Como se percebe, cumpre apenas uma função comunicativa.

Isso não afasta a aceitação das funções latentes (preventivas) da pena,

³⁶ WELZEL, Hans. *Derecho penal: parte general*. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956, p. 5.

³⁷ JAKOBS, Günther. *Sobre la teoría de la pena*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 32.

³⁸ ZAFFARONI, E. R.; ALAGIA, A.; SLOKAR, A. *Derecho penal: parte general*. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002, p. 57 e 60.

³⁹ JAKOBS, Günther. *Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*. Madrid: Civitas, 2004, p. 41.

tanto de direção de motivação, no sentido de excluir a prática de certos comportamentos dentre aqueles sugeridos (prevenção geral positiva), como em seu efeito intimidatório, ou seja, uma prevenção geral negativa.⁴⁰

Ainda aduz que o efeito confirmatório (função manifesta da pena) é dirigido a pessoas de direitos, reconhecidas de maneira geral como portadoras de obrigações e direitos, ao passo que o dano da pena é dirigido aos autores ou indivíduos do mundo sensível, aos quais se aplicam as penas privativas de liberdade e patrimoniais.⁴¹

Na visão de Roxin, na prevenção geral positiva se podem distinguir três fins ou efeitos: 1) o fim de *aprendizagem*, no sentido de se informar para a sociedade o que *não se deve fazer* (norma proibitiva) ou o que se *deve fazer* (norma mandamental); 2) o fim de *confiança*, ao se mostrar à sociedade a inviolabilidade do ordenamento jurídico, reforçando, assim, a confiança jurídica na vigência e aplicação da norma penal; 3) o fim de *pacificação*, que se produz quando a sociedade entende que está resolvido o conflito com o criminoso, uma vez que a pena é aplicada aos casos de violação da lei.⁴²

De um modo geral, pode-se resumir que a prevenção geral relaciona-se com a ideia de pressão ou coação sobre o indivíduo. Porém, a doutrina penal não é omissa ao ressaltar que, na verdade, não é bem delineada ou conhecida a pressão externa na aquisição e manutenção das disposições da conduta do potencial infrator, nem mesmo com as investigações empíricas já realizadas.⁴³

Segundo Hassemer, a prevenção geral ameaça a dignidade do condenado e nada contribui para a execução da pena. Ainda destaca a complexidade dos problemas em relação aos pressupostos empíricos de sua realização, quais sejam: os destinatários do Direito Penal preventivo geral, que são os cidadãos atingidos pelo efeito preventivo que devem ser informados da norma

⁴⁰ JAKOBS, Günther. *Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*. Madrid: Civitas, 2004, p. 41.

⁴¹ JAKOBS, Günther. *Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*. Madrid: Civitas, 2004, p. 42.

⁴² ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. T. I. 2. ed. Madrid: Civitas, 1997, p. 91-92.

⁴³ STRATENWERTH, Günther. *Derecho penal - parte general I: el hecho punible*. Buenos Aires: Hammurabi, 2008, p. 42.

(ameaça e execução da pena); em segundo, os cidadãos devem ser motivados pela norma a uma determinada conduta; em terceiro lugar, a aptidão dos meios de execução para gerar a conformidade da vida humana com a lei.⁴⁴

No que tange ao conhecimento da norma, Hassemer afirma que é falsa a ideia de sua atuação diretamente na conduta das pessoas, pois as normas penais são distintas das normas sociais transmitidas pelos grupos de referência, de modo que as normas jurídico-penais não são uma cópia exata das normas sociais informadas.⁴⁵

Em relação à motivação pela norma, assevera que a prevenção geral menospreza a “insensatez” fática dos homens, pressupondo sempre que o potencial infrator fará uma ponderação de vantagem e desvantagem do ato ruim e se desinteresse em razão da ameaça e execução da pena. Nos crimes violentos, a capacidade de motivação pela norma penal é mínima em face das normas sociais e éticas; nos patrimoniais essa motivação não é perceptível; nos de “colarinho branco” encontram-se expressões como ‘psicologia financeira’, ‘psicologia de concorrência’ ‘dependência das normas dos grupos’, sendo que as normas dos grupos se contradizem com as normas penais, resistindo, por conseguinte, a formação da motivação.⁴⁶

Como bem assinala Bacigalupo, não se questiona a prevenção geral no momento de ameaça da pena, que se dá com a sua cominação no tipo penal, mas o problema se apresenta na fase de individualização judicial, em que as considerações preventivas gerais que conduzem a pena superior à gravidade do fato carecem de legitimidade conforme os princípios constitucionais, bem como até agora não se têm comprovação satisfatória do efeito preventivo geral nas penas executadas.⁴⁷

Imaginar que o indivíduo irá se motivar ou desinteressar pelo delito com a

⁴⁴ HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do direito penal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005, p. 405-412.

⁴⁵ HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do direito penal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005, p. 405-412.

⁴⁶ HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do direito penal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005, p. 405-412.

⁴⁷ BACIGALUPO, Enrique. *Derecho penal: parte general*. 2. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 1999, p. 33.

ameaça da pena é desconhecer a realidade humana. Por isso, o máximo aceitável seria uma aproximação da teoria preventiva no momento da cominação da pena, mas impensável sua legitimidade como critério modulador da pena concreta. Isso porque, uma vez praticado o delito, o efeito inibitório não cumpriu a sua função em relação ao agente, de sorte que nenhuma circunstância que possa o juiz aferir na medição da pena terá relação com o fundamento de coação psicológica para o crime já cometido.

1.4.2 Prevenção especial

Enquanto a prevenção geral visa a prevenção de crimes pela intimidação da sociedade, a prevenção especial dirige-se ao criminoso em particular, visando, assim, ressocializá-lo e reeducá-lo. A pena, nesse enfoque, tem a finalidade de impedir que o delinquente volte a cometer crimes. Parte-se da ideia que o agente, ao praticar o delito, manifesta a ameaça de reiteração de novas condutas lesivas, de modo que a pena tem o fim de evitar os delitos futuros. Na verdade, o indivíduo é identificado pelo seu estado de periculosidade ou enquadrado no modelo de “perigoso”.

Nessa visão, é possível que delitos graves sejam praticados e a pena não se justifique por questões preventivas. Isso se daria quando praticados em situação especial de conflito e inexistisse o perigo de recaída do agente. Ou seja, o agente não seria identificado como “perigoso”. Por outro lado, delitos menos graves podem justificar sanções graves aos autores, ainda que atuem sem culpabilidade, em caso de perturbação psíquica, quando se constatar a sua periculosidade.⁴⁸

Muñoz Conde assevera que Liszt (1811-1886) foi o principal representante da teoria preventiva especial, o qual considerou o delinquente como objeto central do Direito Penal e a pena como instituição que se dirige à sua correção ou garantia.⁴⁹

Liszt desenvolve o famoso Programa de Marburgo em 1882 e investiga a

⁴⁸ STRATENWERTH, Günther. *Derecho penal - parte general I: el hecho punible*. Buenos Aires: Hammurabi, 2008, p. 39.

⁴⁹ CONDE. Francisco Muñoz. *Introducción al derecho penal*. 1. ed. Montevideo – Buenos Aires: IBDF, 2001, p. 72.

função das distintas categorias de delinquentes. Parte da base que a proteção dos bens jurídicos mediante a aplicação da pena requer três finalidades diversas: correção, intimidação e inocuidade.⁵⁰

De modo diverso, Ferri (1856-1929) classifica os criminosos em critérios genéticos, como delinquentes natos, loucos, habituais, ocasionais e passionais.⁵¹

No século XX, na década de 60, a prevenção especial ganha novos contornos, passando para o foco da ressocialização, sem olvidar da corresponsabilidade da sociedade na criminalização. Ainda, foi salientada a importância da ideia de tratamento durante a fase da execução penal.⁵²

A *prevenção especial* possui as vertentes ‘positiva’, que afirma a importância da pena na ressocialização do condenado, bem como a ‘negativa’, a qual sustenta a carcerização ou inocuidade do condenado quando outros meios menos lesivos não se mostrarem eficazes para sua ressocialização.

Stratenwerth também aponta a dificuldade de estabelecer qual a influência de uma determinada reação penal, junto com todos os seus efeitos colaterais, sobre a conduta futura do autor individual, de modo que cabe apenas a formação de conjecturas. Desse modo, conclui que “as necessidades de prevenção especial não podem fundamentar a instituição da pena pública”.⁵³

Precisas são as colocações de Fábio Guaragni:

As linhas preventivo-especiais encaixam-se com perfeição à ideia central de direito penal de autor. Afinal, operam como corolários de um direito penal perigosista, na medida em que a ressocialização é justamente uma forma atenuada de exteriorizar a eliminação da periculosidade do indivíduo como criminoso em potencial. Ressocializar é adaptar o *modo de ser* a um padrão comportamental imposto verticalmente, de cima para baixo (dos homens

⁵⁰ LISZT, *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, 1905,1.1, p. 166, *apud* BACIGALUPO, Enrique. *Derecho penal: parte general*. 2. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 1999, p. 35.

⁵¹ FERRI, *Principii di diritto criminale*, 1928, p. 264, *apud* BACIGALUPO, Enrique. *Derecho penal: parte general*. 2. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 1999, p. 35.

⁵² BACIGALUPO, Enrique. *Derecho penal: parte general*. 2. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 1999, p. 36.

⁵³ STRATENWERTH, Günther. *Derecho penal - parte general I: el hecho punible*. Buenos Aires: Hammurabi, 2008, p. 40.

que formam a cúpula do Estado para – ou melhor, *contra* – o povo).⁵⁴

De fato, ao justificar a violência encerrada pelo Estado sob critérios de ressocialização, na verdade, pode se revelar com isso o pressuposto do reconhecimento do estado de periculosidade da pessoa e a tentativa de moldá-la a um padrão predeterminado.

Com efeito, os postulados da prevenção especial, embora expressem o fim de ressocialização, tem como ponto de partida a periculosidade do agente. Assim, essa situação fática (periculosidade), revelada pela prática de crime, enseja, como de fato ocorre em nossa legislação, o surgimento de circunstâncias a serem consideradas no processo de aplicação da reprimenda, independentemente do rótulo jurídico a ela conferido. Ex.: a situação fática (prática de crime anterior, que revela periculosidade) é fundamento para justificar a criação da circunstância “antecedentes” ou “reincidência”.

O Direito Penal do Estado Democrático de Direito só deve punir condutas (fazeres proibidos) e, conseqüentemente, a pena deve relacionar-se com o fato. Isso não quer dizer que ideais preventivos não possam ser considerados. Ou seja, não se pode desprezar do contexto do indivíduo suas qualidades e condições pessoais, até porque elas podem conferir colorido distinto ao fato, interferindo em sua maior ou menor reprovabilidade.

1.5 Teorias unificadoras, unitárias ou ecléticas

As teorias absolutas voltam o seu olhar à retribuição, ao passo que as relativas fundamentam o poder punitivo na prevenção. Se analisadas isoladamente se apresentam insatisfatórias para justificar a violência estatal. Na tentativa de conciliar as teorias absolutas com as teorias relativas, surgem as teorias unificadoras ou unitárias na busca de superação de seus aspectos negativos.

A pena se justifica “pela retribuição da culpabilidade do agente, pela necessidade de promover a sua ressocialização, bem como pela intenção de

⁵⁴ GUARAGNI, Fábio André. *As teorias da conduta em direito penal: um estudo da conduta humana do pré-causalismo ao funcionalismo pós-finalista*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 314.

prevenção geral".⁵⁵ Nosso Código Penal adota a teoria da unificação, como se pode constatar pela parte final do art. 59. Vejamos:

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 o suficiente para reprovação e prevenção do crime: I - as penas aplicáveis dentre as cominadas; II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.⁵⁶

Ou seja, o juiz deverá aferir as circunstâncias indicadas e estabelecer a pena conforme seja necessária o suficiente para *reprovação e prevenção* do crime. Na mesma linha se expressa Código Penal alemão, em seu § 46, ao prever no inciso I.1 a retribuição pela culpa, e no I.2 a tarefa preventiva.⁵⁷

Muito embora as ideias de retribuição e prevenção permeiem o dimensionamento da pena, é difícil a afirmação de sua real conformação ou o atendimento de suas finalidades. A prática demonstra que o tempo de prisão pode prejudicar a prevenção especial no sentido de ressocialização, mas, por outro lado, a depender da dignidade do bem jurídico lesado, a pena mais elevada é a adequada e proporcional ao mal causado. Assinala Mezger:

No es cierto lo que se ha dicho a veces, con exageración doctrinaria, de que estos tres fines de la pena se contradicen mutuamente. Al contrario: una retribución justa fortalece la conciencia jurídica de la colectividad y por ello ya actúa de por sí en sentido pedagógico-social y preventivo general y, a la vez, sobre el individuo en forma educativa y preventiva especial.

De ahí que esos tres fines de la pena se muevan en la misma dirección y se auxilien mutuamente. Pero no se puede negar que estos fines de la pena no siempre armonizan. Pueden, por lo menos, entrar mutuamente en conflicto y entonces se habla de una antinomia de los fines jurídico-penales. Frente a un delincuente peligroso, la pena limitada al hecho concreto en el sentido de una retribución justa, no dará a menudo para el futuro ninguna seguridad suficiente; después de haber expiado la pena, vuelve él demasiado pronto a "incorporarse a la sociedad". Y no siempre la expiación de una pena justa "corrige" al que la sufre. No siempre armonizan mutuamente retribución y prevención especial. Y a veces la necesidad de dar un "ejemplo" puede ir más allá de lo que exige una retribución justa; de ahí que también la retribución y la prevención general puedan entrar mutuamente en conflicto. Muy especialmente, también pueden ambos criterios de la prevención general y de la prevención especial llevar a resultados diferentes (Lekrb.,

⁵⁵ GALVÃO, Fernando. *Aplicação da pena*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 38.

⁵⁶ BRASIL. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm> Acesso em: 01 jan. 2013.

⁵⁷ HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do direito penal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005, p. 370.

517-518): la actuación sobre la colectividad y el individuo tropieza, a veces, con presupuestos de forma muy distinta y, por lo tanto, también la graduación de la pena debería ser, cuando correspondiese, distinta. De ahí se deduce un posible conflicto también entre estos dos fines de la pena.

¿Cómo se puede solucionar esta antinomia de los fines jurídico-penales? Podremos contestar esta pregunta, una vez que hayamos tratado la cuestión relativa, en general, a la justificación de la pena, de lo cual nos ocuparemos a continuación.⁵⁸

Na verdade, a depender da etapa da pena, prepondera algum dos postulados de retribuição e prevenção. No momento da cominação legal abstrata prevalece a finalidade de prevenção geral; na etapa da aplicação judicial enfatiza-se a finalidade de uma decisão justa da retribuição; na etapa da execução da pena, o enfoque recai sobre a prevenção especial em seu aspecto ressocializador.⁵⁹

1.6 Justificação da pena e da sua medida

Apesar dos desafios, das imprecisões teóricas e das falhas nas justificativas doutrinárias que buscam legitimar a pena, ainda é difícil sustentar qualquer tese abolicionista sobre a reprimenda enquanto o homem persistir em causar mal a seus semelhantes ou em perturbar relações sociais consideradas relevantes para a existência e desenvolvimento da própria sociedade.

Não se discute, como bem ressalta Leonardo Sica, que:

Todas as teorias da pena, de maneira mais ou menos flagrante, fundam-se, até hoje, em duas idéias: retribuição e dissuasão, uma filosoficamente inaceitável e outra empiricamente falsa e ambas potencializadas pelo simbolismo.⁶⁰

De igual modo, enquanto a sociedade não encontrar outro modo de controle social capaz de proteger os direitos fundamentais de seus indivíduos de forma eficiente, o Direito Penal irá ser utilizado como meio de sua proteção e a pena continuará a ser a consequência jurídica para as condutas contrárias às proibições normativas que visam tutelar os referidos bens indispensáveis à satisfação do homem e da vida em sociedade.

⁵⁸ MEZGER, Edmund. *Derecho Penal: parte general*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica da Argentina, 1958, p. 378.

⁵⁹ Nesse sentido: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 70362, Relator Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, julgado em 05/10/1993, DJ 12/04/1996, RTJ vol 159-01.

⁶⁰ SICA, Leonardo. *Direito penal de emergência e alternativas à prisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 206.

Porém, independentemente de persistir no plano da justificação ideias preventivas e retributivas, verificou-se que também nos planos legislativo e judicial essas funções passam a ter significado, uma vez que no processo de aplicação da pena deverá o juiz observar as circunstâncias do crime e fixar a sanção conforme seja necessário e suficiente para *reprovação* e *prevenção* do delito.

Isso quer dizer que em nosso sistema de determinação das penas, o qual será analisado com maior precisão em item específico mais adiante, competirá ao legislador indicar as circunstâncias que interferiram na modulação da pena, sem prejuízo da aferição do caráter retributivo e preventivo.

Percebe-se, assim, a relevância do desenvolvimento da dogmática penal referente à pena, em especial quanto ao estudo das circunstâncias que servirão para o balizamento da sanção pena concreta.

2 PRINCÍPIOS PENAIS RELATIVOS À PENA

No cenário próprio do Estado Democrático de Direito a lesividade ao bem jurídico passou a ocupar um papel de destaque na hermenêutica. Em sintonia com essa nova configuração do Direito Penal voltado ao fato, num processo de reconstrução da interpretação e aplicação das normas penais, os princípios constitucionais ocupam espaço especial.

No processo dosimétrico, o norteamento do intérprete por meio dos princípios viabiliza o descobrimento das razões que legitimam as circunstâncias, as quais, por sua vez, justificam a maior ou menor reprovabilidade do crime e permitem a aproximação de um catálogo de critérios a serem seguidos para a concretização da pena adequada.

Deve-se destacar, por oportuno, que a abordagem dos princípios se mostra de interesse específico à temática por envolver a relação direta destes na interpretação e no fundamento de validade de certas circunstâncias, o que permite a averiguação se o sistema de penas do Código Penal é capaz de garantir a liberdade do indivíduo contra excessos estatais.

2.1 Princípio da legalidade

2.1.1 Origem

O brocardo *nullum crimen nulla poena sine lege*, malgrado sua expressão latina, não provém do Direito Romano. Neste, não havia proibição à punição sem previsão legal.⁶¹ Costuma-se afirmar sua origem na *Magna Charta Libertatum*, de João Sem Terra (Inglaterra - 1215). Colhe-se das lições de Aníbal Bruno a seguinte passagem:

Como tem sido observado ultimamente, as disposições da Magna Carta não tinham o caráter geral que lhe foi atribuído. Na realidade, as interpretações sucessivas que se foram dando a este célebre documento é que foram acentuando seu conteúdo liberal e alargando-lhe o alcance, do círculo estreito das pessoas de qualidade ao homem comum, o que, aliás, está de acordo com o processo de formatação e evolução do Direito inglês. Mas as atitudes dos nobres ingleses, face a JOÃO SEM TERRA, foi um movimento individualista, que definia a delimitava, na mais grave das matérias, os poderes do Estado, embora os homens livres a que se referia o texto fossem nobres, porque somente estes, na época, poderiam ser considerados capazes de reclamar direitos.⁶²

Como bem assinala Figueiredo Dias, a legalidade arraigou-se na doutrina do contrato social (Locke, 1690; Montesquieu, 1748), bem como passou a constar na constituição de vários estados americanos (como as Constituições da Filadélfia, Virgínia e Maryland), na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (França, 1789), em vários instrumentos de proteção dos direitos humanos (Declaração Universal dos Direitos do Homem, 1948; Convenção Europeia dos Direitos do Homem, 1950; Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos, 1966; Pacto de São José da Costa Rica) e nas Constituições de países democráticos.⁶³

Porém, foi Anselm Von Feuerbach (1775-1833) que vinculou o princípio da legalidade de modo direto ao fim do Direito Penal. Segundo sua concepção preventiva geral, a pena visa a intimidação de potenciais infratores, de modo que somente a pena cominada *antes* do fato pode intimidar.⁶⁴

⁶¹ SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O Princípio da legalidade penal no estado democrático de direito*. Livraria do Advogado, 2001, p. 136.

⁶² BRUNO, Aníbal. *Direito penal: parte geral*. T. I. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 206.

⁶³ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral*. T. I. São Paulo: Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra, 2007, p. 178.

⁶⁴ STRATENWERTH, Günther. *Derecho penal - parte general I: el hecho punible*. Buenos Aires: Hammurabi, 2008, p. 83.

O princípio da legalidade encontra-se previsto no art. 5º, inc. XXXIX, da Constituição Federal de 1988, com a seguinte redação: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.⁶⁵ Disposição idêntica vem prevista no art. 1º do Código Penal.⁶⁶

2.1.2 Funções

Extrai-se do escólio de expoentes da doutrina penal que o princípio da legalidade se revela na impossibilidade da existência de crime ou pena sem lei escrita, estrita, certa e prévia.

Na visão de Roxin, quatro são as consequências do princípio da legalidade: a proibição da analogia (*nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*); a proibição do Direito consuetudinário para fundamentar ou agravar a pena (*nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*); a proibição da retroatividade (*nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*); a proibição de leis penais e penas indeterminadas (*nullum crimen, nulla poena sine lege certa*).⁶⁷

Da mesma forma, em Jescheck-Weigend se encontram as seguintes consequências: a proibição da retroatividade (*nullum crimen sine lege praevia*); exclusão do direito consuetudinário (*nullum crimen sine lege scripta*); proibição de analogia como meio de criação de crimes e agravamento de penas (*nullum crimen sine lege stricta*); a exigência de determinação da lei penal (*nullum crimen sine lege certa*).⁶⁸

Na doutrina portuguesa, assinala Figueiredo Dias que do conteúdo essencial do princípio da legalidade se extrai a proibição da existência de crime e pena que não resultem de uma lei prévia, escrita, estrita e certa (*nullum crimen, nulla poena sine lege*).⁶⁹

⁶⁵ BRASIL. Constituição Federal. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 01 jan. 2013.

⁶⁶ BRASIL. Código Penal. “Art. 1º - Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm> Acesso em: 01 jan. 2013.

⁶⁷ ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. T. I. Madrid: Civitas, 1997, p. 134-141.

⁶⁸ JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal: parte general*. Trad. Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Comares, 2002, p. 140-147.

⁶⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral*. T. I. São Paulo: Revista dos Tribunais;

Nas lições de Juarez Cirino dos Santos:

O princípio da legalidade é o mais importante instrumento constitucional de proteção individual no moderno Estado Democrático de Direito, porque proíbe (a) a retroatividade como criminalização ou agravação da pena de fato anterior; (b) o costume como fundamento ou agravação de crimes e penas, (c) a analogia como método de criminalização ou punição de condutas e (d) a indeterminação dos tipos legais e das sanções penais (art. 5º, XL, CR). O significado político do princípio da legalidade – regra principal da teoria da validade da lei penal no tempo – expresso nas fórmulas de *lex praevia*, de *lex scripta*, de *lex stricta* e de *lex certa*, incidentes sobre os crimes, as penas e as medidas de segurança da legislação penal, pode ser assim sumariado.⁷⁰

Não seria por outra razão que acertadamente Paulo Queiroz afirma que o princípio da legalidade compreende: 1) o princípio da reserva legal; 2) o princípio da taxatividade; 3) o princípio da irretroatividade da lei mais severa.⁷¹

Insta registrar, contudo, a opinião de René Ariel Dotti, destoando da abalizada doutrina penal, ao sustentar que a expressão mais apropriada seria princípio da anterioridade da lei, por dois aspectos: “a) destaca a exigência de uma lei penal precedente ao fato para que o mesmo possa assumir caráter criminoso; b) é assim chamado pela rubrica lateral do art. 1º do Código Penal de 1940, desde a sua redação original”.⁷²

2.1.3 Legalidade e determinação da pena

No que tange à cominação da pena, não se extrai expressamente do princípio da legalidade a obrigatoriedade de o legislador fixar patamares mínimo e máximo para que, no momento da efetiva aplicação da pena, possa o juiz moldá-la segundo a gravidade e peculiaridades do caso concreto. No entanto, a imprescindibilidade dos limites legais se deflui da harmonização da legalidade com os demais princípios aplicáveis, em especial ao da individualização da pena e da culpabilidade.

Se o legislador, ao criar o tipo penal, utiliza-se da técnica de cominação de pena determinada para a espécie delitiva, não restaria espaço ao juiz para individualizá-la na medida da culpabilidade. O alargamento da análise do espectro

Portugal: Coimbra, 2007, p. 177.

⁷⁰ SANTOS, Juarez Cirino. *Direito penal: parte geral*. Curitiba: Lumen Juris, 2007, p. 20.

⁷¹ QUEIROZ, Paulo. *Direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 50.

⁷² DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal*. 4. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 131.

da legalidade exige a compreensão dos demais princípios que se correlacionam e formam o sistema de determinação da pena.

2.2 Princípio da individualização da pena

2.2.1 Noção

De acordo com o art. 5^a, XLVI, da Constituição Federal, “*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*”.⁷³

A individualização da pena se realiza em três níveis, quais sejam, momento da cominação, da aplicação e da execução, que são expressões do princípio da proporcionalidade.⁷⁴ Nas palavras de Nucci:

A junção de termos, constituindo a individualização da pena, é essencial para garantir a justa fixação da sanção penal, evitando-se a intolerável padronização e o desgaste da uniformização de seres humanos, como se todos fossem iguais *perante a lei*, mas não perante uns aos outros. Cada qual mantém a sua individualidade desde o nascimento até a morte. Esse contorno íntimo deve ser observado pelo magistrado no momento de aplicação da pena.⁷⁵

No Habeas Corpus nº 82959⁷⁶, o Ministro Cezar Peluso asseverou que:

Evidente, assim, que, perante a Constituição, o princípio da individualização da pena compreende: a) proporcionalidade entre o crime praticado e a sanção abstratamente cominada no preceito secundário da norma penal; b) individualização da pena aplicada em conformidade com o ato singular praticado por agente em concreto (dosimetria da pena); c) individualização da sua execução, segundo a dignidade humana (art. 1º, III), o comportamento do condenado no cumprimento da pena (no cárcere ou fora

⁷³ BRASIL. Constituição Federal. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 01 jan. 2013.

⁷⁴ GOMES, L. F.; MOLINA, A. G.; BIANCHINI, A. *Direito penal: introdução e princípios fundamentais*. V.1. Revista dos Tribunais, 2007, p. 559.

⁷⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios constitucionais penais e processuais penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 159.

⁷⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Relator Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 23/02/2006, DJ 01/09/2006, pp. 18, vol. 2245-03, RTJ vol. 200-02, pp. 795. Deste Habeas Corpus extrai-se ainda a seguinte passagem: “O entendimento segundo o qual a disposição constitucional sobre a individualização estaria exclusivamente voltada para o legislador, sem qualquer significado para a posição individual, além de revelar que se cuidaria então de norma extravagante no catálogo de direitos fundamentais, esvaziaria por completo qualquer eficácia dessa norma. É que, para fixar a individualização da pena *in abstracto*, o legislador não precisaria sequer de autorização constitucional expressa. Bastaria aqui o critério geral do *nullum crimen, nulla poena sine lege*”.

dele, no caso das demais penas que não a privativa de liberdade) e à vista do delito cometido (art. 5º, XLVIII).

O princípio da individualização da pena obriga o julgador a fixar a sanção e determinar a sua forma de execução, bem como deve existir uma medida de justo equilíbrio, no plano abstrato e concreto, entre a gravidade do fato e a sanção.⁷⁷

2.2.2 Cominação da pena

O primeiro momento da individualização da pena se dá no plano legislativo. Entretanto, tormentosa é a tarefa para se estabelecer critérios legítimos para justificar a espécie e quantidade da pena a ser cominada para determinado fato delituoso.

Asúa menciona que, para Beccaria, a medida da gravidade está no dano social e basta o agente praticar uma ação que indique sua vontade de consumir o delito para impor uma pena, sendo dispensável que cause um dano material. Romagnosi funda sua teoria no conceito de impulso criminal, ou seja, no conjunto de razões e motivos que determinam o indivíduo a cometer o delito e na maior ou menor probabilidade de impunidade. Assim, da intensidade dada a tais elementos dependerá a gravidade do crime. Para Carrara, a quantidade do delito depende do dano imediato consistente no mal ocasionado pela ofensa ao direito. A gravidade do dano deve ser medida, em primeiro lugar, pela maior ou menor importância do bem destruído; depois, pela maior ou menor responsabilidade do mal causado; em terceiro lugar, pela possibilidade de difusão. Como critério supletivo, prevê o dano mediato ou moral, consistente na intimidação pública e diminuição da segurança coletiva. Certo é que a doutrina aponta um triplo critério para solução dos problemas da medida da pena: gravidade objetiva do delito, motivos determinantes e personalidade do delinquente.⁷⁸

Partindo da perspectiva que o Direito Penal tem como função a proteção dos bens jurídicos mais relevantes para a sociedade, no primeiro momento da individualização da pena deve o legislador elencar o bem jurídico a ser tutelado e

⁷⁷ PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. V. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 149.

⁷⁸ ASÚA, Luis Jiménez de. *Principios de derecho penal: la ley y el delito*. 3. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1958, p. 444.

criar o tipo penal, cominando a pena proporcional dentre as permitidas na Constituição. Como o Estado protege os bens jurídicos mediante a pena⁷⁹, estes devem ser o referencial modulador no momento de sua eleição.

Com efeito, pode-se afirmar a existência da estreita relação de proporcionalidade entre o fato cometido e a pena, de modo que entre o crime a sua correspondente deve existir uma equiparação valorativa (equiparação desvalorativa).⁸⁰

Nesse nível, portanto, o legislador levará em consideração a dignidade do bem jurídico tutelado e o nível de lesividade, traduzidos pelos elementos da figura típica. No dizer de Cernicchiaro, “a pena é proporcional ao delito”.⁸¹ A pena marca a relevância que a ordem jurídica atribui ao bem objeto de proteção e é formulada em referência à gravidade do próprio crime, conforme o valor atribuído ao bem jurídico tutelado.⁸²

Com muita pertinência ao discorrer sobre o princípio da proporcionalidade, Mariângela Gomes salienta que a liberdade pessoal tem um valor proeminente na Constituição e que a sua restrição, em especial pela sanção penal, somente pode ocorrer para balancear a lesão de um valor de significância constitucional.⁸³

Não se trata de objeto específico de investigação deste trabalho o aprofundamento dos parâmetros e limites do legislador no momento da elaboração do tipo penal e da cominação da pena, embora seja de grande relevância o tema. Nesse campo, segundo Silva-Sánchez, a maior dificuldade do princípio da proporcionalidade é a concretização da relação valorativa em virtude da qual se determina que ‘esse’ fato merece ‘essa’ pena, em abstrato e em concreto.⁸⁴

⁷⁹ MALAREE, Hernan Hormazabal. *Bien jurídico y estado social y democrático de derecho: el objeto protegido por la norma penal*. Santiago: Editorial Jurídica Conosur, 1992, p. 175.

⁸⁰ MEZGER, Edmund. *Derecho Penal: parte general*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica da Argentina, 1958, p. 354.

⁸¹ CERNICCHIARO, Luiz Vicente; COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Direito penal na constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 152.

⁸² BRUNO, Aníbal. *Direito Penal: parte geral. T. 3*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 102.

⁸³ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O Princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 156-157.

⁸⁴ SÁNCHEZ, Jesus-Maria Silva. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona: Jose

De qualquer modo, certo é que o mínimo e o máximo existentes possibilitam ao juiz individualizar com maior precisão a sanção, levando em consideração a gravidade concreta do fato, na medida da culpabilidade.

Assim, ao estabelecer um marco legal punitivo na pena abstrata, permite o legislador um espaço de jogo para que, no momento da aplicação, o juiz possa analisar o caso concreto e colocar em prática, inclusive, as ideias preventivas.

Nesse ponto, pela teoria do espaço do jogo (*Spielraumtheorie*), o juiz deve individualizar a pena dentro de um marco global, podendo determiná-la utilizando critérios preventivos. Mezger salienta que o princípio da exclusiva adequação da pena ao fato punível é violado com a incidência das agravantes relacionadas com a personalidade e periculosidade do autor.⁸⁵

Nessa perspectiva, ainda persiste forte corrente doutrinária sustentando ser impossível ao juiz motivar que as penas realmente possam ter efeitos preventivos,⁸⁶ de modo que as ideias de prevenção devem ser descartadas.

De fato, embora a pena cominada possa surtir efeitos de intimidação, é de se ter em conta que no momento da sua aplicação a utilização de conceitos vagos como de prevenção geral não passa de recurso retórico despido de legitimação, uma vez que o condenado não pode ser utilizado como meio de intimidação ou de modelo exemplificativo para coação de terceiros.

2.2.3 Aplicação da pena

O segundo nível do princípio da individualização opera na concretização da pena realizada pela atividade judiciária (individualização judicial da pena). Para Maurach-Gossel-Zipf, enquanto o marco punitivo contém a valoração abstrata do conteúdo do ilícito pelo legislador, o marco da culpabilidade representa a concreta valoração que o juiz faz da culpabilidade pelo fato realizado, de sorte que a

Maria Bosch, 1992, p. 260.

⁸⁵ MEZGER, Edmund. *Derecho Penal: parte general*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica da Argentina, 1958, p. 354.

⁸⁶ HÖRNLE, Tatjana. *Determinacion de la pena y culpabilidad: notas sobre la teoría de la determinación de la pen en Alemania*. Buenos Aires: Fabian J. Di Placido, 2003, p. 23-25

culpabilidade se amolda dentro de um limite mínimo e máximo, do qual a magnitude punitiva será selecionada segundo pontos de vista preventivos.⁸⁷

Pela legislação pátria, deve ser observado o método trifásico para a aplicação da pena de prisão (art. 68 do Código Penal⁸⁸), com a análise das circunstâncias judiciais, legais e causas de aumento e diminuição. No item 49 da exposição de motivos da nova Parte Geral do Código Penal Brasileiro, consta a seguinte referência:

Sob a mesma fundamentação doutrinária do Código vigente, o Projeto busca assegurar a *individualização* da pena sob critérios mais abrangentes e precisos. Transcende-se, assim, o sentido individualizador do Código vigente, restrito à fixação da quantidade da pena, dentro de limites estabelecidos, para oferecer ao *arbitrium iudices* variada gama de opções, que em determinadas circunstâncias pode envolver o tipo da sanção a ser aplicada.⁸⁹

A consideração da pessoa do criminoso por influência das ideias de prevenção especial, máxime do positivismo criminológico, penetrou nos domínios da pena e reforçou a tendência de considerar as condições do agente e até mesmo a sua personalidade.

O legislador assegura largas possibilidades à individualização, prescrevendo a pena correspondente a cada espécie punível, fixando um marco legal punitivo dentro do qual poderá o juiz ajustar a pena, possibilitando relativa discricionariedade para a perfeita individualização, observando circunstâncias objetivas do fato e subjetivas do agente que revelam a culpabilidade ou o impulso criminoso.⁹⁰

O julgador possui certa margem de discricionariedade no processo dosimétrico, mas deve observar os limites da pena cominada e as circunstâncias, as quais revelam a gravidade do crime, o grau de culpabilidade e as características peculiares do réu, como os antecedentes e a personalidade, entre outros critérios.

⁸⁷ MAURACH, Reinhart; GÖSSEL, Kral Heinz; ZIPF Heinz. *Derecho penal: parte general 2*. Buenos Aires: Astrea, 1995, p. 694.

⁸⁸ BRASIL. Código Penal. “Art. 68 - A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm> Acesso em: 01 jan. 2013.

⁸⁹ PIERANGELI, José Henrique. *Códigos penais do brasil: evolução histórica*. 2. ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2001, p. 643.

⁹⁰ BRUNO, Aníbal. *Direito Penal: parte geral*. T. 3. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 104-105.

Ao final, deve fixar a pena necessária e suficiente para fins de reprovação e prevenção do crime, segundo art. 59 do Código Penal⁹¹, sem se olvidar de motivar cada etapa do processo de sua concretização da reprimenda, a fim de possibilitar o controle de sua atividade.

Aqui aparece o ponto nevrálgico do presente trabalho. No perpassar do processo dosimétrico o juiz irá aferir as circunstâncias do delito para finalizar em uma pena que seja necessária e suficiente para fins de reprovação e prevenção do crime. Como se percebe, as circunstâncias estão no centro da discricionariedade judicial, de modo que a motivação do ato judicial encontrará respaldo em sua aferição. Se pode dizer, então, que a pena adequada será aquela que o juiz aferir corretamente as circunstâncias e suas regras de aplicação, e explicitar o seu caminho, isto é, fundamentar a sua decisão.

Por tal razão, é indispensável a análise das circunstâncias e das regras de aplicação para se concluir se são suficientes para conduzir o julgador ao dimensionamento da pena adequada.

2.2.4 Execução da pena

O terceiro momento se dá com ênfase no plano administrativo, durante a execução da pena. Encontra forte influência nas teorias preventivas o art. 5º da Lei n.º 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), a saber: “os condenados serão classificados, segundo os seus antecedentes e personalidade, para orientar a individualização da execução penal”.⁹²

2.3 Princípio da ofensividade ou lesividade

2.3.1 Fundamento e alcance

Tem como fundamento o clássico princípio *neminem laedere* (a ninguém prejudicar, ofender, lesionar) e parte da premissa de que não há crime sem ofensa a

⁹¹ BRASIL. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm> Acesso em: 01 jan. 2013.

⁹² BRASIL. Lei de Execução Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm> Acesso em: 01 jan. 2013.

bem jurídico (*nullum crimen sine injuria*). Apenas as condutas que causem lesão a bem jurídico podem se sujeitar ao Direito Penal.

Palazzo aduz que pelo princípio da ofensividade o fato “não pode constituir ilícito se não for ofensivo (lesivo ou simplesmente perigoso) do bem jurídico tutelado”.⁹³ Ao se aplicar o princípio da ofensividade opera uma das funções do bem jurídico, consistente em limitar o exercício do direito de punir estatal.⁹⁴

O Estado sofre limitação em decorrência da livre manifestação do pensamento, da inviolabilidade da liberdade de consciência e de crença, da proibição de qualquer privação de direitos em razão de convicção filosófica ou política, da livre expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação e da inviolabilidade da intimidade e da vida privada, garantidas pela Constituição da República.⁹⁵

Por consequência destas limitações, o Estado não pode estabelecer ao cidadão um padrão de moral, mas sim se vincula ao dever de garantir um âmbito de liberdade moral, de modo que lhe é proibido punir ações que expressem o exercício dessa liberdade, não se legitimando a intervenção punitiva quando não medie, pelo menos, um conflito jurídico, entendido como afetação de um bem jurídico alheio.⁹⁶

Luigi Ferrajoli assevera que:

A necessária lesividade do resultado, qualquer que seja a concepção que dela tenhamos, condiciona toda justificação utilitarista do direito penal como instrumento de tutela e constitui seu principal limite axiológico externo. Palavras como ‘lesão’, ‘dano’ e ‘bem jurídico’ são claramente valorativas. Dizer que um determinado objeto ou interesse é um ‘bem jurídico’ e que sua lesão é um ‘dano’ é o mesmo que formular um juízo de valor sobre ele; e dizer que é um ‘bem penal’ significa, ademais, manifestar um juízo de valor que avaliza a justificação de sua tutela, recorrendo a um instrumento extremo: a pena. Mas isto também significa, inversamente, que um objeto ‘deve ser’ (julgado e considerado como) um ‘bem’ para que esteja justificada sua tutela penal; e, mais ainda, que o valor que ao mesmo associado deve ser superior ao do que se atribui aos bens de cuja ofensa não decorra pena alguma. Sob este aspecto, ao menos a partir de uma ótica utilitarista, a

⁹³ PALAZZO, Francesco C. *Valores constitucionais e direito penal*. Trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989, p. 79.

⁹⁴ BIANCHINI, Alice. *Pressupostos materiais mínimos da tutela penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 54.

⁹⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raul et al. *Direito penal brasileiro: primeiro volume*. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 225.

⁹⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raul et al. *Direito penal brasileiro: primeiro volume*. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 225.

questão do bem jurídico lesionado pelo delito não é diferente da dos fins do direito penal: trata-se da essência mesma do problema da justificação do direito penal, considerada já não desde os custos da pena, senão de acordo com os benefícios que com ela se pretendem alcançar. (...) Historicamente, este princípio tem tido um papel essencial na definição do moderno Estado de direito e na elaboração, quando menos teórica, de um direito penal mínimo, facilitando uma fundamentação não teológica nem ética, mas laica e jurídica, orientando-o para a função de defesa dos sujeitos mais frágeis por meio da tutela de direitos e interesses considerados *necessários* ou *fundamentais*.⁹⁷

Aduz Fábio Roberto D'Avila que mediante a tarefa do Estado de Direito de promover a ordem e a paz reconhece-se um princípio geral fundamental de tutela de bens jurídicos, do qual decorre o princípio geral de garantia representado pela necessária ofensa como princípio constitucional impositivo, por sua vez retratado pela intervenção penal necessária.⁹⁸

Por outro lado, assevera que a criação de qualquer tipo penal resulta da ponderação de valores. Restringe-se o direito fundamental à liberdade em benefício da conservação de outros valores relevantes para a sociedade. Em síntese, afirma o autor que:

O direito fundamental à liberdade somente admitirá a sua restrição por meio de uma norma penal, quando a ponderação com o princípio da intervenção penal, estiver fundada na real necessidade de proteção de bens jurídicos dotados de suficiente consistência axiológica.⁹⁹

Nilo Batista destaca quatro principais funções do princípio da ofensividade ou lesividade, a saber: 1) proibição da incriminação de uma atitude interna, como as ideias, convicções, aspirações e desejos dos homens; 2) proibição da incriminação de uma conduta que não exceda o âmbito do próprio autor, como, por exemplo, não se pune a autolesão corporal e a tentativa de suicídio; 3) proibição da incriminação de simples estados ou condições existenciais, de modo que a pessoa deve ser punida pela prática de uma conduta ofensiva a bem jurídico de terceiro, e não pelo que ela é, refutando-se, assim, a ideia de Direito Penal do autor; 4) proibição da incriminação de condutas desviadas que não causem dano ou perigo de dano a qualquer bem jurídico, numa expressão de que o Direito Penal não deve tutelar a

⁹⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 428-429.

⁹⁸ D'AVILA, Fábio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios: contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico*. Coimbra: Coimbra, 2005, passim.

⁹⁹ D'AVILA, Fábio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios: contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico*. Coimbra: Coimbra, 2005, p. 72.

moral, mas sim os bens jurídicos mais relevantes para a sociedade (princípio da exclusiva proteção dos bens jurídicos).¹⁰⁰

O princípio da ofensividade irradia seus efeitos na atividade legislativa e no momento da interpretação da lei.¹⁰¹ Em sua primeira função, com feição político-criminal, limita o legislador por ocasião da criação dos tipos penais, impedindo-o na punição de fatos indiferentes e preexistentes à norma, porquanto do ponto de vista do valor ou do interesse social já se deram consagrados como inofensivos.¹⁰² A segunda função (nível jurisdicional-aplicativo), refere-se ao plano interpretativo e aplicativo da lei penal, que será verificada após a prática do fato.

Certo é que, tanto o legislador, no momento da criação da lei, como o juiz, na realização do processo dosimétrico, se vinculam aos postulados da lesividade, que conduzem à necessidade da observância da construção e fortalecimento da ideia do bem jurídico.

Na verificação do fato concreto, a lesividade é aquilatada para fins de tipicidade em sua perspectiva material, bem como para a configuração de alguma circunstância de relevo na pena.

Cite-se, como exemplo, a causa de aumento “emprego de arma” no crime de roubo¹⁰³, situação em que o Superior Tribunal de Justiça¹⁰⁴ e o Supremo Tribunal Federal¹⁰⁵, embora dispensem a apreensão do objeto, exigem a demonstração do potencial ofensivo do instrumento, sem o qual não se verifica lesividade ao bem jurídico “integridade física da vítima”.

¹⁰⁰ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 91-97.

¹⁰¹ GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da ofensividade no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 99.

¹⁰² PALAZZO, Francesco C. *Valores constitucionais e direito penal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989, p. 80.

¹⁰³ BRASIL. Código Penal. “Art. 157 - Subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência: Pena - reclusão, de quatro a dez anos, e multa. § 2º - A pena aumenta-se de um terço até metade: I - se a violência ou ameaça é exercida com emprego de arma;”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm> Acesso em: 01 jan. 2013.

¹⁰⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 175.495/SP, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 20/11/2012, DJe 27/11/2012.

¹⁰⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 111959, Relator Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 07/08/2012, Processo Eletrônico, Dje-162, divulgado em 16/08/2012, publicado em 17/08/2012.

No crime de tráfico de drogas, por exemplo, o bem jurídico é a saúde pública, ao passo que a quantidade e a natureza da droga são circunstâncias a serem aferidas na fixação da pena, justamente por revelarem maior lesividade ao bem tutelado.

Como melhor se analisará, alguns elementos do tipo refletem maior grau lesividade ao bem jurídico e, como tal, em razão do seu alcance, permitem a aferição no processo dosimétrico.

2.3.2 Direito Penal do fato e Direito Penal de autor

Direito Penal do fato, na compreensão de Roxin¹⁰⁶, se entende como sendo o regramento legal em virtude do qual a punibilidade se vincula a uma ação concreta descrita no tipo e a sanção representa a resposta ao fato praticado e não à conduta de vida ou social do autor ou à sua periculosidade. Haverá Direito Penal de autor quando a pena se vincula à personalidade do autor, o qual não é culpado pelo fato que cometeu, mas passa a ser ele mesmo objeto de censura.

Ainda segundo Roxin, o princípio constitucional *nullum crimen, nulla poena sine lege* favorece o desenvolvimento de um Direito Penal do fato em detrimento de um Direito Penal de autor, pois as descrições de ações e penas se ajustam mais ao princípio da taxatividade do que os preceitos penais que atendem “um elemento criminógeno permanente” referente à pessoa do autor.

Por isso, assinala que um ordenamento jurídico que se funda em princípios próprios de um Estado de Direito liberal tenderá ao Direito Penal do fato. Ademais, não desconhece a existência de fortes tendências das teorias preventivas especiais, desde os tempos de Liszt no Direito Penal alemão, impulsionando o Direito Penal de autor com vistas à evitação de delitos futuros, que depende mais da personalidade do criminoso do que do fato individual praticado.

Para Jescheck-Weigend, o sistema de Direito Penal de autor pode ser considerado aquele em que a pena se relaciona imediatamente à periculosidade do autor. Justifica-se a sanção não pelo prática do fato, mas a culpabilidade é atribuída

¹⁰⁶ ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. T. I. Madrid: Civitas, 1997, p. 176-177.

pelo modo de vida, reprovando-se o autor por ter adquirido uma personalidade criminosa.¹⁰⁷

Nessa esteira, Stratenwerth afirma que se entende o Direito Penal de autor como um instrumento de prevenção especial, de modo que o delito tem apenas o interesse de manifestar determinada personalidade do agente.¹⁰⁸

Ao desenvolver o tema exterioridade da ação, Ferrajoli assinala que o pensamento iluminista subtrai do campo da criminalização o interior da pessoa em seu conjunto, compreendida a sua alma ou a sua personalidade. Porém, na segunda metade do século XIX, as doutrinas idealistas, positivistas, éticas e espiritualistas retornam a tratar a personalidade como objeto de qualificação sob as etiquetas de 'periculosidade', 'capacidade de delinquir', 'caráter do réu', 'tipo criminal', 'infidelidade'. A barreira intransponível a essa tendência é o princípio da materialização da ação.¹⁰⁹

Segundo Zaffaroni-Alagia-Slokar, no Direito Penal de autor o crime revela a inferioridade moral, biológica ou psicológica da pessoa. A infração é uma lente que permite ver algo objeto de desvalor e na qual se encontra uma característica do autor. A inferioridade pode ser de natureza moral, segundo a versão secularizada de um *estado de pecado jurídico*, assumindo aqui uma identidade divina pessoal; ou de natureza mecânica, em uma visão de *estado perigoso*, com assunção da função de divindade impessoal.¹¹⁰

No que tange ao *estado de pecado jurídico* ou *identidade divina pessoal*, os agentes incorrem em delitos, considerados desvios ou quedas, que os deixam em estado de pecado penal. Apesar de ser a queda voluntária, ao permanecerem caídos, e quanto maior for a insistência na vida pecaminosa, maior será a dificuldade

¹⁰⁷ JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal: parte general*. Granada: Comares, 2002, p. 58-59.

¹⁰⁸ STRATENWERTH, Gunther. *Derecho penal. Parte general I: el hecho punible*. Buenos Aires: Hammurabi, 2008, p. 76.

¹⁰⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Madrid: Editorial Trotta, 1995, p. 482.

¹¹⁰ ZAFFARONI, E. R.; ALAGIA, A.; SLOKAR, A. *Derecho penal: parte general*. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002, p. 66.

para dela se livrar. O ser humano deixa de ser livre no ato, mas é livre na causa, e a situação de pecado penal é censurada.¹¹¹

No Direito Penal de autor com feição de *divindade impessoal e mecânica*, o delito é uma peça e também um sinal de falha em uma estrutura complexa e maior, que é a sociedade. Sua falha acarreta um perigo para o mecanismo maior e indica um estado de periculosidade, de modo que o reparo ou a neutralização das peças defeituosas ficam a cargo das agências jurídicas. Em uma ou outra versão do Direito Penal de autor, o indivíduo se encontra em estado de inferioridade moral, tanto pelo estado de pecado como pela inferioridade mecânica (estado perigoso).¹¹²

Percebe-se que o Direito Penal de autor se afasta da ofensividade do bem jurídico e se aproxima das características pessoais do agente. Com efeito, é forte o discurso fundamentador de um Direito Penal do fato, consistente na ruptura do pensamento de punição de condutas que não se expressem em lesão ou perigo de lesão a bem jurídico.

Nessa perspectiva, os elementos constitutivos do tipo penal devem traduzir a lesividade do objeto jurídico protegido pela norma penal. Ou seja, ao criar a figura típica “*subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel*”, fica claro a proteção ao bem jurídico “patrimônio”, que pode ser lesado por meio de uma conduta e não pelo modo de vida.

Por outro lado, no tipo penal da contravenção “vadiagem”¹¹³ percebe-se nítida manifestação de Direito Penal de autor, uma vez que a pessoa é punida por ser identificada como perigosa, porquanto pobre que não trabalha pode vir a cometer crimes. Ou seja, a nosso ver, trata-se de uma figura típica que não encontra conformação com o quadro valorativo constitucional. Apesar do exemplo citado da vadiagem, em nossa legislação, os tipos penais predominantemente são manifestação de Direito Penal do fato.

¹¹¹ ZAFFARONI, E. R.; ALAGIA, A.; SLOKAR, A. *Derecho penal: parte general*. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002, p. 66.

¹¹² ZAFFARONI, E. R.; ALAGIA, A.; SLOKAR, A. *Derecho penal: parte general*. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002, p. 66.

¹¹³ BRASIL. Lei das Contravenções Penais. “Art. 59. *Entregar-se alguém habitualmente à ociosidade, sendo válido para o trabalho, sem ter renda que lhe assegure meios bastantes de subsistência, ou prover à própria subsistência mediante ocupação ilícita*”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm> Acesso em: 01 jan. 2013.

Porém, em relação à cominação da pena e aos seus critérios de determinação, a doutrina penal é vacilante no que tange à aceitação e aproximação de um Direito Penal de autor. No escólio de Francisco de Assis Toledo, existem correntes moderadas em prol de um Direito Penal do fato, mas possibilitando ser considerado o seu autor. Isso porque, conforme se comprova da análise da legislação, ocorre a tipificação de fatos (modelo de conduta proibida) e não o perfil psicológico do autor, mas suas condições ou qualidades também são consideradas dentro do quadro de punibilidade do fato, como a personalidade e os antecedentes criminais, utilizados como critérios na aplicação da pena.¹¹⁴

Verifica-se a forte influência das correntes personalistas na aplicação e interpretação da própria Constituição Federal. Na oportunidade do julgamento do HC 101909, o ministro Ayres Brito foi enfático ao trazer que “tudo tem que ser personalizado na pena”, pois o indivíduo traz consigo todas as suas circunstâncias. Vejamos:

3. O Supremo Tribunal Federal tem entendido que não se pode relacionar a personalidade do agente (ou toda uma crônica de vida) com a descrição, por esse mesmo agente, dos fatos delitivos que lhe são debitados (HC 102.486, da relatoria da ministra Cármen Lúcia; HC 99.446, da relatoria da ministra Ellen Gracie). Por outra volta, não se pode perder de vista o caráter individual dos direitos subjetivo-constitucionais em matéria penal. E como o indivíduo é sempre uma realidade única ou insimilar, irrepetível mesmo na sua condição de microcosmo ou de um universo à parte, todo instituto de direito penal que se lhe aplique – pena, prisão, progressão de regime penitenciário, liberdade provisória, conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos – há de exibir o timbre da personalização. Quero dizer: tudo tem que ser personalizado na concreta aplicação do direito constitucional-penal, porque a própria Constituição é que se deseja assim orteguianamente aplicada (na linha do “Eu sou eu e minhas circunstâncias”, como sentenciou Ortega Y Gasset). E como estamos a cuidar de dosimetria da pena, mais fortemente se deve falar em personalização.¹¹⁵

Nessa visão, verifica-se um diálogo entre o Direito Penal do fato e a personalidade do indivíduo. Na verdade, aquele deve irradiar seus postulados ao campo da conduta típica, mas deve haver mitigação no plano da determinação da pena. No momento do dimensionamento da reprimenda concreta, dentro do espaço estabelecido pelo legislador, o juiz deverá levar em consideração as características

¹¹⁴ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 251.

¹¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 101909, Relator Ministro Ayres Brito, Segunda Turma, julgado em 28/02/2012, Acórdão eletrônico, DJe-119, Divulgado em 18/06/2012, publicado em 19/06/2012.

do indivíduo, justamente para realizar os princípios da individualização e da igualdade.

Não se discute que o Direito Penal do Estado Democrático de Direito só deve punir condutas (fazer proibidos) e, conseqüentemente, a pena deve relacionar-se com o fato praticado, porém, sem prejuízo de considerar o próprio criminoso.

2.4 Princípio da dignidade da pessoa humana e da humanidade

Com o advento da Constituição Federal de 1988, a dignidade da pessoa humana foi alçada à categoria de princípio fundamental (art. 1º, III). Trata-se, portanto, de princípio reitor com função de influenciar o sistema penal como um todo, permeando-o no paradigma humanitário.

Em termos jurídicos, liga-se a ideia de dignidade humana aos movimentos constitucionalistas modernos, notadamente aos constitucionalismos francês e americano, que visavam a declarar direitos, organizar o Estado e limitar o poder político. Percebe-se que a sua expressa positivação é recente, muito embora se possa deduzir a sua presença em textos constitucionais mais antigos - como a Declaração de Direitos de Virgínia¹¹⁶, que precedeu à Constituição Americana de 1787¹¹⁷, e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789¹¹⁸.

A título de exemplo temos a Declaração Universal dos Direitos do Homem (ONU - 1948)¹¹⁹. Em seu preâmbulo considera que:

Os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta, sua fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor da pessoa humana e na igualdade de direitos dos homens e das mulheres, e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla.¹²⁰

¹¹⁶ Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/dec1776.htm>> Acesso em: 01 jan. 2013.

¹¹⁷ Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/constituicao-dos-estados-unidos-da-america-1787.html>> Acesso em 01 jan. 2013.

¹¹⁸ Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>> Acesso em 01 jan. 2013.

¹¹⁹ Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>

¹²⁰ Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm> Acesso em: 01 jan. 2013.

Em seguida, seu art. 1º encontra-se com o seguinte teor: “Todas os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos”.

O princípio da humanidade decorre do princípio da dignidade da pessoa humana. Nesse passo, não é permitido ao Estado aplicar sanções penais que atinjam a dignidade do indivíduo ou que lesionem a sua constituição físico-psíquica.

Em sede constitucional¹²¹ pode-se destacar que, nos moldes do art. 5º, XLVII, não haverá penas de morte, salvo em caso de guerra declarada; de caráter perpétuo; de trabalhos forçados; de banimento; e cruéis, bem como existe imposição da criminalização da tortura (art. 5º, XLIII). Ademais, “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante” (art. 5º, III). Determina-se que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais” (art. 5º, XLI) e, ainda, “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral” (art. 5º, XLIX).

A Declaração dos Direitos do Homem (ONU - 1948)¹²² prevê que “todo indivíduo tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal” (art. 3º), e “ninguém será submetido a tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante” (art. 5º). Por sua vez, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966)¹²³ refere, no art. 7º, que:

Ninguém poderá ser submetido à tortura, nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Será proibido, sobretudo, submeter uma pessoa, sem seu livre consentimento, a experiências médicas ou científicas.

Indiscutível, desse modo, o relevo legislativo na criação de normas de garantia, de conteúdo negativo, no sentido que as penas não podem consistir em tratamento desumano. Nas palavras de Zaffaroni-Batista-Alagia-Slokar:

Em função do princípio da humanidade, toda pena que se torna brutal em suas consequências é cruel, como aquelas geradoras de um impedimento que compromete a vida do indivíduo (morte, castração, esterilização, marcas cutâneas, amputação, intervenções neurológicas). Igualmente

¹²¹ BRASIL. Constituição Federal. Disponível em:

<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 01 jan. 2013.

¹²² Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm> Acesso em: 01 jan. 2013.

¹²³ Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/pacto_dir_politicos.htm> Acesso em 01 jan. 2013.

cruéis são as consequências jurídicas que pretendam manter até a morte da pessoa, porquanto impõem-lhe um sinete jurídico que a converte em alguém inferior (*capitis diminutio*). Toda consequência de uma punição tem de acabar em algum momento, por longo que seja o tempo a transcorrer, mas não pode jamais ser perpétua no sentido próprio da expressão, pois implicaria admitir a existência de uma *pessoa descartável*.¹²⁴

Por isso merece especial destaque e questionamento as legislações penais que aderem ao sistema da perpetuidade dos antecedentes, em razão da permanência das consequências jurídicas da infração anterior.

Além disso, uma pena pode se mostrar proporcional em abstrato, mas cruel se consideradas as circunstâncias do caso concreto. Isso ocorre, por exemplo, na situação em que o agente é atingido pela própria conduta, de modo que a sua ação lhe impõe como efeito colateral uma forma de castigo ou pena natural a dispensar a aplicação da pena, como se verifica na hipótese em que da conduta culposa o agente vem matar um ente querido.¹²⁵ Neste exemplo, para Zaffaroni-Batista-Alagia-Slokar, apesar de a lei mencionar que se trata de uma situação de desnecessidade de pena, em verdade, a sua aplicação seria uma forma de crueldade.¹²⁶

Ainda encontra amparo no princípio da humanidade a tendência progressiva de substituição de penas de prisão por restritivas de direitos e multa, ou simplesmente na suspensão do seu cumprimento.¹²⁷

Percebe-se, assim, a preocupação do Estado em conciliar a proteção dos direitos violados com a prática do delito, aplicando-se a pena, mas sem olvidar de assegurar os direitos do próprio delinquente, em especial o respeito à sua dignidade e humanidade.

2.5 Princípio da culpabilidade

O conceito de culpabilidade possui variações e vem sofrendo constantes

¹²⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raul et al. *Direito penal brasileiro: primeiro volume*. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 233.

¹²⁵ BRASIL. Código Penal. “Art. 121, § 5º - Na hipótese de homicídio culposo, o juiz poderá deixar de aplicar a pena, se as consequências da infração atingirem o próprio agente de forma tão grave que a sanção penal se torne desnecessária”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm> Acesso em: 01 jan. 2013.

¹²⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raul et al. *Direito penal brasileiro: primeiro volume*. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 234.

¹²⁷ PUIG, Santiago Mir. *Derecho penal: parte general*. 9. ed. Barcelona: Reppertor, 2011, p. 122.

modificações de significado ao longo da evolução da dogmática penal. Fundado no brocardo *nulla poena sine culpa*, o princípio da culpabilidade pode ser analisado em três sentidos diversos: culpabilidade como elemento do crime ou pressuposto de aplicação da pena; culpabilidade como medição de pena; culpabilidade como princípio da responsabilidade subjetiva.

A culpabilidade como *elemento do crime* ou *pressuposto de aplicação da pena* passou por fases distintas, conforme a evolução do conceito de delito. Para o conceito clássico de Liszt/Beling, culpabilidade é a parte subjetiva do crime, compreendida como a ligação *psicológica* entre o agente (imputável/capaz de culpa) e o fato, de modo a legitimar a imputação – do fato ao agente - a título de dolo ou de culpa, ao passo que o injusto (ação típica e antijurídica) configura sua parte objetiva. Dolo e culpa são classes ou formas da culpabilidade.¹²⁸

Para o sistema finalista de Welzel, culpabilidade passou a ser entendida como juízo de censura ou reprovação. Culpabilidade é reprovabilidade da resolução da vontade. É um conceito valorativo negativo e, portanto, um conceito graduável, podendo ser maior ou menor segundo a relevância das normas e a facilidade ou dificuldade do autor satisfazê-la.¹²⁹

A culpabilidade ainda possui a vertente de *medição ou determinação de pena*, consistente na função de estabelecer os parâmetros pelos quais o juiz fixará a reprimenda no momento da condenação. A culpabilidade referida no art. 59 do Código Penal¹³⁰ tem essa função.

Em sentido aproximado, o Código Penal alemão, regula o tema em seu § 46, I, ao estabelecer que a culpabilidade do autor é o fundamento para a individualização da pena.¹³¹ Nessa perspectiva, Puig assinala que, em sentido

¹²⁸ JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal: parte general*. Granada: Comares, 2002, p. 218.

¹²⁹ WELZEL, Hans. *El nuevo sistema de derecho penal: una introducción a la doctrina de la acción finalista*. Buenos Aires: EBDP, 2004, p. 126-127.

¹³⁰ BRASIL. Código Penal. “Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm> Acesso em: 01 jan. 2013.

¹³¹ JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal: parte general*. Granada: Comares, 2002, p. 945.

amplo, a culpabilidade se identifica com a gravidade do crime imputado ao seu autor, sendo assim usada quando se trata de grau de culpa segundo a gravidade do fato.¹³²

Outrossim, a culpabilidade é tratada como *princípio da responsabilidade subjetiva*. O sujeito só pode ser responsabilizado se a sua conduta ofensiva for dolosa (quis o fato ou assumiu o risco de produzi-lo) ou culposa (deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia). Em regra, os tipos penais são dolosos; os tipos culposos devem ter previsão expressa.

A culpabilidade cumpre, portanto, a função de limite material do *jus puniendi*¹³³, dela decorrendo, para Bitencourt¹³⁴, três consequências: culpabilidade como *fundamento da pena*, de modo que somente cabe atribuir responsabilidade penal pela prática de um fato típico e antijurídico, sobre o qual recaia o juízo de culpabilidade. Verifica-se a capacidade de culpabilidade (imputabilidade, a consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa); culpabilidade como *elemento de determinação da pena, impedindo a pena além da medida prevista, orientada pela ideia de bem jurídico e fins preventivos*; culpabilidade como conceito contrário à responsabilidade objetiva, proibindo a imputação a quem não agiu com dolo ou culpa.

Na visão de Puig¹³⁵, um Estado Democrático de Direito deve partir do respeito a uma série de garantias ao indivíduo, e somente se poderá considerar alguém como culpável se respeitadas certas exigências, tais como: a) *princípio da personalidade da pena*, que impede punir alguém por fato alheio. Atualmente aponta a preocupação pela responsabilização de todos os sócios nos crimes societários; b) *princípio da responsabilidade pelo fato*, a exigir o “direito penal do fato”, opondo-se à punição do modo de ser do agente, bem como às ideias de “culpabilidade pela conduta de vida”; c) a exigência de imputação objetiva do resultado lesivo a uma

¹³² PUIG, Santiago Mir. *El derecho penal en el estado social y democrático de derecho*. 1. ed. Barcelona: Editorial Ariel, 1994, p. 172.

¹³³ GOMES, L. F.; MOLINA, A. G.; BIANCHINI, A. *Direito penal: introdução e princípios fundamentais*. V.1. Revista dos Tribunais, 2007, p. 534.

¹³⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 62-3.

¹³⁵ PUIG, Santiago Mir. *El derecho penal en el estado social y democrático de derecho*. 1. ed. Barcelona: Editorial Ariel, 1994, p. 175-176.

conduta do agente. Nos crimes comissivos se requer, além do nexos causal, a criação de um risco tipicamente relevante que se realiza em um resultado, e, nos crimes comissivos por omissão, a possibilidade de evitar o resultado e a posição de garante; d) a exigência de dolo ou culpa (imputação subjetiva), consistente aqui no sentido mais claro do princípio da culpabilidade, de forma a contrariar a responsabilidade objetiva; e) a necessidade de culpabilidade em sentido estrito, que exige a imputabilidade do agente e a ausência de causas de exculpação.

Veja-se, portanto, que o princípio da culpabilidade está diretamente vinculado aos princípios da responsabilidade penal subjetiva, da materialização ou exteriorização do fato, personalidade da pena e da proporcionalidade.

2.6 Princípio da proporcionalidade

2.6.1 Introdução

O princípio da proporcionalidade é considerado um critério constitucional valorativo acerca das proibições ou restrições que podem ser estabelecidas ao cidadão pelo poder público. No âmbito penal, firmou-se como princípio fundamental com Beccaria:

Não é só interesse comum que não sejam cometidos delitos, mas também que eles sejam tanto mais raros quanto maior o mal que causam à sociedade. Portanto, devem ser mais fortes os obstáculos que afastam os homens dos delitos na medida em que estes são contrários ao bem comum e na medida dos impulsos que os levam a delinquir. Deve haver, pois, uma proporção entre os delitos e as penas.¹³⁶

Araújo¹³⁷ destaca três acepções do postulado em estudo: 1ª) princípio da proporcionalidade como princípio geral do Direito, na medida em que impõe ao operador do Direito a busca incessante pelo equilíbrio entre os interesses em conflito; 2ª) princípio da proporcionalidade como 'limite dos limites' aos direitos fundamentais; 3ª) princípio da proporcionalidade como critério estrutural para a determinação do conteúdo dos direitos fundamentais, vinculante para o legislador.

¹³⁶ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 50.

¹³⁷ ARAÚJO, Fábio Roque. *O princípio da proporcionalidade referido ao legislador penal*. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 117-9.

O princípio da proporcionalidade possibilita ao juiz sopesar princípios pretensamente conflitantes, de modo a servir como medida de equilíbrio entre o rigor da lei e a realidade do caso concreto.

No que tange à sua natureza jurídica, para a teoria formal, o objetivo do princípio da proporcionalidade é alcançar a decisão do caso concreto, ao passo que, para a teoria material ou substancialista, busca-se a concretização de justiça no caso concreto.

Em sentido amplo, a proporcionalidade pressupõe três subprincípios:

a) adequação ou idoneidade: a medida adotada pelo Estado (utilização do Direito Penal, por exemplo) deve ser adequada (apta) para alcançar os fins pretendidos (proteção do bem jurídico, prevenção e retribuição). Trata-se, no dizer de Canotilho:

de controlar a relação de adequação medida-fim. Este controle, há muito debatido relativamente ao poder discricionário e ao poder vinculado da administração, oferece maiores dificuldades quando se trata de um controle do fim das leis dada a liberdade de conformação do legislador.¹³⁸

Luís Roberto Barroso¹³⁹ traz o seguinte exemplo: se diante do crescimento estatístico da AIDS (motivo), o Poder Público proíbe o consumo de bebidas alcoólicas durante o carnaval (meio), para impedir a contaminação das pessoas (fim), a medida adotada não seria adequada (não há proporcionalidade), pois inexistente relação direta entre o consumo do álcool e a contaminação pelo vírus da AIDS. Com efeito, para não incorrer em excesso estatal, é imperioso buscar a adequação entre a restrição do direito e o fim que se pretende atingir.

b) necessidade ou exigibilidade: o Direito Penal só deve atuar de forma subsidiária, ou seja, quando se mostrarem insuficientes as demais formas de controle social. Significa que o juiz deverá eleger, entre os vários (e adequados) meios, aquele que produzirá o menor número possível de consequências danosas.

¹³⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e a teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 264.

¹³⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*, 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 226.

c) proporcionalidade em sentido estrito ou máxima do sopesamento: os meios utilizados para consecução dos fins não devem extrapolar os limites do tolerável. Os benefícios a serem alcançados (tutela eficaz do bem, prevenção e retribuição) devem ser maiores que os custos (sacrifício do autor do crime ou da própria sociedade). Trata-se, portanto, do *binômio utilitário* ‘custo/benefício’: necessidade de buscar mais vantagens do que desvantagens.

2.6.2 Princípio da proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*)

O princípio da proporcionalidade tradicionalmente se traduz na proibição do excesso (*Übermassverbot*), também chamado de garantismo negativo. Entretanto, atualmente, pode ser apontada uma nova face da proporcionalidade, relacionada à proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*) ou ao garantismo positivo. Como bem sintetiza Maria Luiza Streck:

Passados dois séculos, é possível dizer que a visão de cunho liberal deixou de lado aquilo que se pode chamar de proteção positiva dos direitos fundamentais por meio do Direito Penal, preocupação típica do Estado Democrático de Direito. Em outras palavras, o Direito Penal e os penalistas, em sua parcela considerável, deixaram de lado relevante circunstância de que o Estado pode ser protetor dos direitos fundamentais. Nesse sentido, “pode” deve ser entendido como deve, mormente a partir de uma perspectiva compromissória e dirigente assumida pela Constituição do Brasil. Assim, o Estado também poderá deixar de proteger direitos fundamentais, atuando de modo deficiente/insuficiente, ou seja, deixando de atuar e proteger direitos mínimos assegurados pela Constituição. A partir disso, vislumbra-se o outro lado da proteção estatal, o da proibição de proteção deficiente (ou insuficiente), chamado no direito Alemão de *Untermassverbot*.¹⁴⁰

O sistema de proteção dos direitos fundamentais expressa-se em uma proteção negativa (proteção do indivíduo frente ao poder do Estado) e numa proteção positiva (proteção, por meio do Estado, dos direitos fundamentais contra ataques e ameaças provenientes de terceiros). É possível, então, se pensar que a partir do sistema constitucional de proteção dos direitos fundamentais o legislador está obrigado a agir em certas situações, inclusive para evitar a infraproteção de um direito.

Caso paradigmático ocorreu na Alemanha com a decisão do Tribunal Constitucional, de 25/02/1975, que declarou inconstitucional a Lei de Reforma do

¹⁴⁰ STRECK, Maria Luiza Schäfer. *Direito penal e constituição: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 91-92.

Código Penal (18/06/1974), a qual adotou no crime de aborto a chamada solução “a termo”, em que a vida do nascituro era menos tutelada do que na solução dada com o sistema das “indicações”.¹⁴¹ Isso porque, na solução “a termo” se permitia a interrupção da gravidez dentro dos primeiros meses de gravidez.

Portanto, a partir do garantismo positivo ou princípio da proibição de proteção deficiente, poder-se-ia considerar inconstitucional uma lei que viesse a punir o crime de homicídio com pena pecuniária, em razão, uma vez mais, da insuficiente proteção ao direito fundamental à vida.

2.6.3 Proporcionalidade da pena

O conteúdo da proporcionalidade da pena dependerá da justificativa que se dará para o discurso legitimador da pena.

Se adotada posição de ser a pena irracional e afastada a sua finalidade retributiva, a proporcionalidade somente se justificará pelo fato de que o Direito Penal não deve aceitar a afetação de bens jurídicos de uma pessoa em desproporção grosseira com a lesividade por ela causada.¹⁴² Ou seja, o foco não se encontra na relação de proporção de retribuição do mal pelo mal causado, mas sim como forma de limitação estatal.

Pela vertente preventiva acerca da finalidade da pena, exige-se, na visão de Puig, a proporcionalidade segundo a importância social do fato, atendendo-se à danosidade social do ataque ao bem jurídico, de modo que a proporção se funda não somente na prevenção geral intimidatória, mas também na prevenção geral positiva, afirmando a vigência das normas na consciência coletiva.¹⁴³

Em uma perspectiva de proporcionalidade pelo fato cometido, a pena deve guardar correlação com a gravidade deste, exigindo-se uma ponderação sobre o nível de ofensividade da conduta e do resultado. Nesse aspecto, deve o legislador

¹⁴¹ PALAZZO, Francesco C. *Valores constitucionais e direito penal*. Trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989, p. 109.

¹⁴² ZAFFARONI, Eugenio Raul et al. *Direito penal brasileiro: primeiro volume*. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 230-231.

¹⁴³ PUIG, Santiago Mir. *Derecho penal: parte general*. 9. ed. Barcelona: Reppertor, 2011, p. 128.

manter harmonia sistêmica para evitar a cominação de penas diversas para tipos penais que traduzam a lesão a bem jurídico idêntico ou equivalente.

Nessa concepção, em que o princípio da proporcionalidade é utilizado para referir que *a pena deve ser proporcional ao crime praticado*, é indispensável o diálogo entre as suas duas faces, tanto da proibição do excesso (*Übermassverbot*) como da proibição de proteção deficiente (garantismo positivo).

Como o Estado deve possuir limites na aplicação do poder punitivo, já que o seu exercício atinge direitos fundamentais, a proporcionalidade, na proibição do excesso, tem a função de proteção do indivíduo contra o abuso do poder público. Exemplo onde ocorre evidente excesso punitivo se observa no crime de falsificação de cosmético ou saneante (art. 273, *caput* e § 1º-A, do Código Penal), cuja pena abstrata é de reclusão de 10 (dez) a 15 (quinze) anos.

3 SISTEMAS DE DETERMINAÇÃO DA PENA

Ao se conhecer as funções e os princípios relacionados à pena é possível se vislumbrar a necessidade da criação de um sistema que possa concretizar seus postulados. De nada adiantaria a afirmação dos postulados retributivos e preventivos da pena e dos princípios penais a ela relativos se não houvesse espaço para a sua realização no plano legislativo e judicial.

Mas, antes de se chegar a um sistema mais eficaz para a concretização dos ideais retributivos e preventivos, bem como dos comandos principiológicos, foram experimentados sistemas de ordens mais autoritários, como veremos na sequência.

Outrossim, é salutar a abordagem mais precisa do sistema de determinação da pena da legislação pátria, indicando os critérios sobre os quais o legislador se orienta para a cominação da reprimenda, o que afetará a interpretação e aplicação das circunstâncias no momento do seu dimensionamento, bem como aprofundar nas questões acerca da incidência das circunstâncias, sejam elas qualificadoras, privilegiadoras, judiciais, legais, majorantes ou minorantes.

Sem a compreensão profunda do sistema não é possível avaliar se as circunstâncias a serem consideradas no processo dosimétrico poderão conduzir a um sistema de determinação judicial capaz de garantir a liberdade do indivíduo contra excessos do poder punitivo estatal.

3.1 Histórico

Compreende-se por determinação da pena a fixação da sua espécie e quantidade, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou multa, ou a concessão de sua suspensão condicional.

No final da Idade Média imperava o arbítrio judicial, período em que as penas eram aplicadas sem previsão de limites e parâmetros legítimos. A Revolução Francesa reagiu contra esse arbítrio, desaguando na criação do Código Penal de 1791 com um sistema de penas fixas, no qual o juiz, reconhecendo a culpabilidade, aplicava a pena, mas ficava impedido de reconhecer diferenças de culpabilidade. Com o Código Penal francês de 1810 criou-se um sistema de relativa determinação da pena, já que a lei determinava a sua medida dentro de limites em que o juiz se pronuncia.¹⁴⁴

Como bem sintetiza Bitencourt, na Idade Média predominava o arbítrio judicial como produto de um regime penal que não previa limites para a determinação da pena, de forma que a reação mais eficaz seria naturalmente a limitação desse arbítrio com a definição de um sistema de pena fixas. Na concepção de Beccaria, seguindo Montesquieu, o juiz não deveria interpretar, mas aplicar a lei, de modo que de um sistema aberto da dosagem o Código Penal francês de 1791 passou para um sistema de pena rigorosamente determinada. No entanto, percebeu-se que esse também não seria o melhor sistema, evoluindo para um modelo de indeterminação relativa, como no Código Penal francês de 1810, em que o juiz possui certa margem para dosar a pena entre um mínimo e máximo.¹⁴⁵

Pode-se dizer, assim, que três são os principais sistemas, a saber:

¹⁴⁴ ASÚA, Luis Jiménez de. *Principios de derecho penal: la ley y el delito*. 3. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1958, p. 447.

¹⁴⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 662-663.

absoluta indeterminação; absoluta determinação; relativa determinação.¹⁴⁶

Pelo *sistema da absoluta indeterminação* compete ao juiz determinar a pena sem se vincular a critérios legais de balizamento. Em sentido oposto, vem o *sistema da absoluta determinação* (legalismo extremo), competindo à lei fixar previamente a espécie e a medida da pena a ser aplicada, vinculando a atividade judicial. São exemplos que se aproximam o art. 63 do Código Criminal do Império¹⁴⁷, influenciado pelo Código Penal francês de 1791, e o art. 62 do Código Penal de 1890¹⁴⁸. Vejamos:

Art. 63. Quando este Codigo não impõe pena determinada, fixando sómente o maximo, e o minimo, considerar-se-hão tres grãos nos crimes, com attenção ás suas circunstancias aggravantes, ou attenuantes, sendo maximo o de maior gravidade, á que se imporá o maximo da pena; o minimo o da menor gravidade, á que se imporá a pena minima; o médio, o que fica entre o maximo, e o minimo, á que se imporá a pena no termo medio entre os dous extremos dados.

Art. 62. Nos casos em que este codigo não impõe pena determinada e sómente fixa o Maximo e o minimo, considerar-se-hão tres grãos na pena, sendo o gráo médio comprehendido entre os extremos, com attenção ás circunstancias aggravantes e attenuantes, as quaes serão applicadas na conformidade do disposto no art. 38, observadas as regras seguintes:

O *sistema da relativa determinação* interliga a individualização legislativa com a judicial. O legislador fixa limites mínimo e máximo, comina espécies de pena, mas sobra margem de discricionariedade ao juiz na sua escolha dentro das espécies, bem como a quantidade (extensão) da pena a ser aplicada dentro do marco punitivo. O Código Penal de 1940, tanto em sua redação anterior (art. 42) como em sua redação atual (após a reforma de 1984), adota esse sistema.

Com efeito, a determinação judicial da pena impõe uma cooperação entre legislador e juiz, cabendo ao legislativo valorar na sanção cominada a gravidade do delito e ao julgador fixar a pena concreta dentro do marco punitivo.¹⁴⁹

A medida da pena não se ajustaria com a realidade concreta num sistema

¹⁴⁶ PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. V. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

¹⁴⁷ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LIM/LIM-16-12-1830.htm> Acesso em: 01 jan. 2013.

¹⁴⁸ Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-847-11-outubro-1890-503086-publicacaooriginal-1-pe.html>> Acesso em: 01 jan. 2013.

¹⁴⁹ MAURACH, Reinhart; GÖSSEL, Kral Heinz; ZIPF Heinz. *Derecho penal: parte general 2*. Trad. de la 7º edición alemana por Jorge Bofill Genzsch. Buenos Aires: Astrea, 1995, p. 692.

de pena fixa. Neste, opera-se um desapego à realidade ao vincular o juiz no processo de escolha da pena, desprezando a culpabilidade de cada autor conforme o seu comportamento delitivo.

3.2 Sistema do Código Penal

Segundo nosso Código Penal¹⁵⁰, no momento da aplicação da pena deverá o juiz escolher a pena dentre as cominadas (art. 59, I); realizar a quantificação dentro dos limites previstos (art. 59, II); estabelecer o regime inicial de seu cumprimento (art. 59, III) e, em seguida, verificar a possibilidade da substituição da pena privativa de liberdade aplicada por outra espécie de pena (art. 59, IV), ou a possibilidade de suspensão condicional. Percebe-se, assim, a adoção de um sistema de relativa determinação da pena, tendo o legislador criado o marco punitivo e restando ao juiz espaço para a sua concretização.

Em primeiro lugar, deverá o juiz optar pela *espécie* de pena a ser imposta, isto é, reclusão, detenção ou multa. Na legislação penal especial certos tipos cominam penas restritivas de direitos diretamente, ao contrário do Código Penal, que regula a matéria de forma distinta, determinando que as penas restritivas sejam aplicadas em substituição às privativas de liberdade, conforme art. 44¹⁵¹. Exemplo: o art. 302 da Lei nº 9.503/97¹⁵² comina a pena de suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

Escolhida a pena, o juiz deve passar para a sua *quantificação*. Em uma primeira fase será fixada a chamada pena-base, atendendo-se ao critério do art. 59 do Código Penal¹⁵³ (circunstâncias judiciais); em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento. Essa regra vem disposta no art. 68 do Código Penal.¹⁵⁴

¹⁵⁰ BRASIL. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm> Acesso em: 01 jan. 2013.

¹⁵¹ BRASIL. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm> Acesso em: 01 jan. 2013.

¹⁵² BRASIL. Código de Trânsito Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9503.htm> Acesso em: 01 jan. 2013.

¹⁵³ BRASIL. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm> Acesso em: 01 jan. 2013.

¹⁵⁴ BRASIL. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm> Acesso em: 01 jan. 2013.

No que tange à pena de prisão, o Código Penal adotou o critério trifásico preconizado por Nelson Hungria. Pelo método bifásico, o juiz aplica a pena-base analisando conjuntamente as circunstâncias judiciais e legais (atenuantes e agravantes), ou seja, em uma mesma fase, para depois analisar as causas de diminuição e de aumento.

Nesse processo de determinação, a pena deve ser fixada conforme seja necessária e suficiente para reprovação e prevenção do crime. No momento da resposta penal se verifica que o Estado atendeu ao interesse público de reprovação e prevenção do crime, compreendendo as características relativas ao fato e ao autor.¹⁵⁵

A *necessidade* da pena se relaciona à sua *natureza* (privativa de liberdade, restritiva de direitos ou multa), e a *suficiência* refere-se à sua *extensão*; se de prisão, à sua duração e, se de multa, ao seu valor.¹⁵⁶ O legislador deixou clara a opção acerca das funções da pena ao mencionar expressamente reprovação e prevenção do crime.

Da mesma forma vem o Código Penal espanhol, ao fixar critérios de proporcionalidade da pena relativos ao fato concreto, bem como em necessidade preventivo-especial.¹⁵⁷

Cero é que o critério trifásico adotado pelo legislador encontra-se em conformidade com os princípios constitucionais da individualização da pena (art. 5º, XLVI) e da fundamentação das decisões judiciais (art. 93, IX). Quanto mais detalhada e precisa for a dosimetria da pena mais se aproximará dos comandos constitucionais.

3.3 Análise crítica

Independentemente se bifásico ou trifásico o critério, a maior importância se verifica na catalogação de um rol de circunstâncias que orientarão o juiz durante a fixação da pena, a partir das quais, e segundo o princípio da fundamentação das

¹⁵⁵ DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 612.

¹⁵⁶ SANTOS, Juarez Cirino. *Direito penal: parte geral*. Curitiba: Lumen Juris, 2007, p. 557.

¹⁵⁷ CONDE, Francisco Muñoz; ARÁN, Mercedes García. *Derecho penal: parte general*. 8. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 534.

decisões, se verá obrigado a revelar os motivos pelos quais se chega ao resultado final, que é a pena definitiva e adequada.

Por outro lado, o aspecto negativo de um extenso rol elencando circunstâncias a serem aferidas pelo julgador, é o risco de erro judiciário e facilita a ocorrência de *bis in idem* ou mesmo no afastamento de certa circunstância sob a mesma justificativa. No mesmo sentido:

No regime do Código Penal de 1940, foi largamente debatida na doutrina a questão de saber se a determinação da pena deveria ser feita em duas ou três etapas. Em duas etapas seria feita se o juiz já fixasse na pena-base as circunstâncias agravantes ou atenuantes. Esse critério nos parece favorecer o arbítrio judicial e contrapor-se à exigência de motivação completa da pena imposta. O réu tem o direito de saber por que recebe esta pena e não outra qualquer. Em defesa desse critério se diz que o método das três etapas expõe o acusado ao risco de ver valoradas duplamente as circunstâncias, mas é evidente que essa dupla valoração é inadmissível.¹⁵⁸

Essa dupla valoração se dará, por exemplo, quando o juiz utilizar o mesmo dado fático como circunstância judicial e simultaneamente como circunstância legal (atenuante ou agravante). Não se percebe que no plano material existe um único dado (situação fática), mas no plano jurídico este dado incidirá, sob rótulos distintos, para a mesma finalidade, conduzindo ao *bis in idem*.

Para ilustrar esse raciocínio, haverá *bis in idem* se o juiz reconhecer, em razão da prática de crime anterior, a maior periculosidade e necessidade de ressocialização (situação fática) como circunstância agravante (rotulada como reincidência), e, ao mesmo tempo, valorar negativamente essa situação fática como antecedentes (agora rotulada como circunstância judicial). Nesse caso, a situação fática, foi duplamente valoração, mesmo que sob rótulos distintos, visando a mesma finalidade, qual seja, atingir os fins preventivos da pena.

Com efeito, se deve evitar a confusão entre determinada *situação fática* e o *rótulo jurídico* a ela conferido, bem como a *valoração finalística* que lhe pode ser dada.

Certo é que, mesmo diante da indicação de um rol de circunstâncias judiciais, legais, causas de diminuição e aumento, e definir de forma genérica as

¹⁵⁸ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte especial*. V. I. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 340.

fases de aplicação da pena, certo é que o Código Penal não traz um sistema preciso de dosimetria penal. Inexistem regras certas e seguras sobre o *quantum* de cada circunstância judicial e legal, de modo que não se pode ter precisão da quantidade de pena a ser fixada.

Há um esforço doutrinário a indicar que com o auxílio dos princípios constitucionais e orientando-se nas funções do Direito Penal e da própria pena, e possibilitando o controle da decisão com a exposição das razões de decidir (princípio da motivação), a pena se aproximará da sua proporcionalidade ao caso concreto. Como aduz Paulo Queiroz:

Para a individualização da pena (CF, art. 5º, XLVI; CP, arts. 59 e 68), uma das mais importantes tarefas confiadas ao juiz criminal, é preciso não perder de vista os princípios constitucionais que lhe devem orientar a atuação, especialmente os princípios da proporcionalidade, humanidade das penas, legalidade e ofensividade, a fim de que a pena imposta seja a mais justa ou menos justa possível.¹⁵⁹

Porém, o desafio é a descoberta se do interior do sistema de dosimetria penal se pode extrair regras seguras para orientar o juiz a adotar uma decisão com adequada fundamentação, para atender a exigência imposta pelo art. 93, IX, da Constituição Federal.

O Supremo Tribunal Federal, no que se refere à fundamentação idônea, assentou que:

A condenação penal há de refletir a absoluta coerência lógico-jurídica que deve existir entre a motivação e a parte dispositiva da decisão, eis que a análise desses elementos - que necessariamente compõem a estrutura formal da sentença - permitirá concluir, em cada caso ocorrente, se a sua fundamentação ajusta-se, ou não, de maneira harmoniosa, à base empírica que lhe deu suporte.¹⁶⁰

Ou seja, a motivação deve “partir da observância de padrões de racionalidade atributivos de coerência lógica à decisão condenatória”.

Entretanto, não justifica o discurso de *adequada motivação* judicial sem a precisão de qual o conteúdo se levará em consideração como parâmetro para medir a *adequação* do ato judicial.

¹⁵⁹ QUEIROZ, Paulo. *Direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 359.

¹⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 101.118, Relatora Ministra Ellen Gracie, Relator para Acórdão: Ministro Celso De Mello, Segunda Turma, julgado em 08/06/2010, DJe-159.

Não é por outra razão que no mesmo julgado acima mencionado o Supremo Tribunal Federal afirmou a necessidade que “o ato decisório também revele fatores concretos cuja realidade objetiva – materializando as referências meramente abstratas da lei – permita justificar a especial exasperação do ‘quantum penal’”. Em outras palavras, foi assentado:

A concretização da sanção penal, pelo Estado-Juiz, impõe que este, sempre, respeite o itinerário lógico-racional, necessariamente fundado em base empírica idônea, indicado pelos arts. 59 e 68 do Código Penal, sob pena de o magistrado - que não observar os parâmetros estipulados em tais preceitos legais - incidir em comportamento manifestamente arbitrário, e, por se colocar à margem da lei, apresentar-se totalmente desautorizado pelo modelo jurídico que rege, em nosso sistema de direito positivo, a aplicação legítima da resposta penal do Estado. – (...) - A aplicação da pena, em face do sistema normativo brasileiro, não pode converter-se em instrumento de opressão judicial nem traduzir exercício arbitrário de poder, eis que o magistrado sentenciante, em seu processo decisório, está necessariamente vinculado aos fatores e aos critérios, que, em matéria de dosimetria penal, limitam-lhe a prerrogativa de definir a pena aplicável ao condenado. – Não se revela legítima, por isso mesmo, a operação judicial de dosimetria penal, quando o magistrado, na sentença, sem nela revelar a necessária base empírica eventualmente justificadora de suas conclusões, vem a definir, mediante fixação puramente arbitrária, a pena-base, exasperando-a de modo evidentemente excessivo, sem quaisquer outras considerações.¹⁶¹

Parte-se do pressuposto que as circunstâncias indicadas na lei são abstratas, de modo que compete ao juiz revelar a sua necessária base empírica para justificar a sua conclusão. No mesmo sentido:

Não se revela legítima, por isso mesmo, a operação judicial de dosimetria penal, quando o magistrado, na sentença, sem nela revelar a necessária base empírica eventualmente justificadora de suas conclusões, vem a definir, mediante fixação puramente arbitrária, a pena-base, exasperando-a de modo evidentemente excessivo, sem quaisquer outras considerações.¹⁶²

Na mesma linha foi decidido no Habeas Corpus nº 71.697-1 que se trata de obrigação indeclinável dos magistrados e Tribunais “a referência objetiva a fatos e a situações que conferem concreção às circunstâncias judiciais”.¹⁶³ No caso, se tratava de condenação por crime de furto e foi concedida a ordem pelo Supremo em virtude da nulidade do processo dosimétrico em razão de o juiz não constar qualquer

¹⁶¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 101.118, Relatora Ministra Ellen Gracie, Relator para Acórdão: Ministro Celso De Mello, Segunda Turma, julgado em 08/06/2010, DJe-159.

¹⁶² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 101118, Relatora Ministra Ellen Gracie, Relator para Acórdão: Ministro Celso De Mello, Segunda Turma, julgado em 08/06/2010, DJe-159.

¹⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 71.697, Relator Ministro Celso De Mello, Primeira Turma, julgado em 27/09/1994, DJ 16-08-1996.

referência à dados concretos que justificassem a aferição da circunstância judicial “culpabilidade” como desfavorável.

Ou seja, “o ato decisório de primeira instância adstringiu-se a meras referências genéricas” pertinentes à circunstância judicial. O juiz assim se manifestou: “Considerando o grau de culpabilidade que revelou dolo pela vontade inequívoca de conseguir o resultado patrimonial do crime”. De fato, o magistrado não se baseou em nenhum dado concreto, mas sim em abstrações genéricas.

No entanto, a obrigatoriedade de seguir as premissas da adequada fundamentação das decisões e indicação das razões que, “fundadas em dados da realidade constantes do processo de conhecimento, conferem expressão concreta aos elementos normativos abstratamente previstos nos art. 59 e 68 do Código Penal” não são suficientes, por si só, para evitar que o sistema de determinação converta-se em instrumento de opressão judicial ou traduza-se em exercício arbitrário de poder.

Isso porque, se não houver coerência dogmática acerca da definição das circunstâncias e precisão das regras sobre sua aplicação, o julgador exercerá seu espaço de discricionariedade de forma ampla a ponto de apresentar arbitrariedade.

CAPÍTULO II DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA DE PRISÃO

Inicialmente cumpre destacar que o estudo das circunstâncias que afetam a pena tem sido deixado em segundo plano pela doutrina se comparado com a atenção dedicada à teoria do delito.

Cobo Del Rosal e Vives Antón despertam para essa escassa dedicação doutrinária, colocando a importância da significação dogmática e ressaltando que os variados problemas oferecidos não têm obtido respostas satisfatórias ou uniformes pela doutrina científica, inclusive quanto às questões sobre a natureza, classificação e colocação sistemática, bem como quanto aos critérios interpretativos regentes, sem contar o surgimento de sentenças contraditórias verificadas na jurisprudência.¹⁶⁴

Na mesma esteira anota o professor Bernd Schünemann, em prefácio da obra de Hörnle¹⁶⁵, que a ciência penal alemã tem descuidado por completo durante décadas do campo da medida da pena, e adverte sobre a grande discricionariedade da qual goza o juiz no processo de mensuração em razão da carência de precisão dogmática.

¹⁶⁴ ROSAL, Manuel Cobo Del; ANTÓN, Tomás S. Vives. *Derecho penal: parte general*. 5. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 873.

¹⁶⁵ HÖRNLE, Tatjana. *Determinacion de la pena y culpabilidad: notas sobre la teoría de la determinación de la pen en Alemania*. Buenos Aires: Fabian J. Di Placido, 2003, p. 17.

1 ELEMENTARES E CIRCUNSTÂNCIAS

1.1 Elementares ou elementos estruturais

Segundo o princípio da legalidade, todo delito é expressamente definido em lei penal. Denomina-se tipo penal o dispositivo legal que define os elementos do crime, descrevendo a conduta considerada ilícita pelo ordenamento jurídico. Esses dados que integram o tipo são chamados de *elementares* ou *elementos essenciais*.

Essas elementares informam o núcleo do tipo penal, os seus sujeitos e os objetos do delito¹⁶⁶ e, alguns tipos dolosos, ainda descrevem os aspectos anímicos específicos do agente.

O núcleo do tipo é representado pelo verbo que descreve o comportamento proibido. Os tipos se denominam uninucleares quando são constituídos por apenas um verbo típico (ex.: “matar alguém”) e plurinucleares, mistos ou crimes de ação múltipla ou de conteúdo variado quando apresentam mais de um verbo (ex.: “induzir, instigar ou prestar auxílio a suicídio”).

Como bem observa Fernando Galvão¹⁶⁷, nem todo verbo constante no tipo penal pode ser considerado como seu núcleo, pois em alguns casos não passam da descrição do meio de execução e retratam apenas um fragmento da matéria de proibição, como se observa nos verbos “induzir” e “manter” do crime de estelionato, sendo o seu núcleo manifestado pelo verbo “obter”.

Considera-se sujeito ativo a pessoa que pode praticar a conduta típica. Se o tipo penal não exige nenhuma qualidade específica quanto ao sujeito ativo, diz-se que o crime é comum. Se o tipo a exige, tem-se um crime próprio, como, por exemplo, no peculato, no qual o sujeito ativo deve ser um “funcionário público”.

Figuram como sujeitos passivos nos tipos penais o titular do bem jurídico (sujeito passivo material) e o próprio Estado (sujeito passivo formal) que tem seu ordenamento violado.

¹⁶⁶ PUIG, Santiago Mir. *Derecho penal: parte general*. 9. ed. Barcelona: Reppertor, 2011, p. 229.

¹⁶⁷ GALVÃO, Fernando. *Direito Penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Impetus, 2004, p. 147.

Em relação aos objetos, considera-se *objeto material* ou *objeto da ação* a pessoa ou a coisa sobre a qual recai a conduta do agente. No crime de homicídio, por exemplo, é a pessoa; no crime de furto é a coisa subtraída. Pode haver crime sem objeto material, como na hipótese de falso testemunho. No que tange ao objeto jurídico, trata-se do bem ou interesse tutelado pela norma. Na mesma linha dos exemplos acima citados, no crime de homicídio é a vida; no crime de furto é o patrimônio, no crime de falso testemunho é a regular administração da justiça.

O tipo penal pode ainda trazer elementares relacionadas à situação do fato, como fatores temporais (ex.: “durante o parto ou logo após” no crime de infanticídio), ou espaciais.

1.2 Classificação das elementares

O tipo penal é classificado em sua dimensão objetiva (tipo objetivo), cujo conteúdo são os *elementos objetivos propriamente ditos* ou *elementos descritivos* e os *elementos normativos*, e sua dimensão subjetiva (tipo subjetivo), a qual se refere aos dados relacionados à consciência e vontade do agente, manifestados pelo *dolo* e *elementos subjetivos especiais*.

Os *elementos descritivos* são aqueles que expressam uma realidade naturalística apreensível pelos sentidos.¹⁶⁸ São dados materiais pertencentes ao mundo exterior e podem ser verificados de modo cognitivo pelo juiz.¹⁶⁹ Tais elementos se referem a aspectos materiais da conduta, como objetos, animais, coisas, tempo, lugar e forma de execução. Em regra, dispensam valoração para compreensão de seu significado.

Porém, o pensamento doutrinário moderno sustenta que mesmo os elementos preponderantemente descritivos podem necessitar de certa valoração para a compreensão do seu significado. É o caso, por exemplo, da “morte” no crime de homicídio. Discute-se qual o momento em que a pessoa se considera morta (cessação da atividade do coração ou morte encefálica).¹⁷⁰

¹⁶⁸ PUIG, Santiago Mir. *Derecho penal: parte general*. 9. ed. Barcelona: Reppertor, 2011, p. 241.

¹⁶⁹ ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. T. I. Madrid: Civitas, 1997, p. 306.

¹⁷⁰ PUIG, Santiago Mir. *Derecho penal: parte general*. 9. ed. Barcelona: Reppertor, 2011, p. 241.

Além dos elementos descritivos, existem tipos penais que contêm *elementos normativos*. Consideram-se normativos os elementos que não podem ser apreendidos somente pelos sentidos, sendo indispensável uma valoração para a compreensão do seu significado. No dizer de Figueiredo Dias:

Elementos *normativos* são aqueles que só podem ser representados e pensados sob a lógica pressuposição de uma norma ou de um valor, sejam especificamente jurídicos ou simplesmente culturais, legais ou supralerais, determinados ou a determinar; elementos que assim não são sensorialmente perceptíveis, mas só podem ser espiritualmente compreensíveis ou avaliáveis.¹⁷¹

A título de exemplo pode ser citado o elemento “documento” no crime de falsificação, que contém puro conceito jurídico. Nesse caso, como bem observa Bacigalupo¹⁷², para fins de caracterização do dolo do agente (consciência e vontade da realização dos elementos do tipo) não é exigido o conhecimento de maneira técnico-jurídica, sendo suficiente a valoração paralela na esfera do leigo. Outras hipóteses exemplificativas são os elementos que se referem a uma valoração cultural, como “ato obsceno” ou “ato libidinoso”.

Na verdade, nem sempre é simples se distinguir se determinada elementar é descritiva ou normativa, ou mesmo se é correta essa distinção. Não é por outra razão que Bacigalupo¹⁷³ adverte que a distinção não é absoluta, tendo em vista que não faltam casos em que o componente descritivo requer alguma referência normativa e vice-versa, de modo que o decisivo para a determinação da sua natureza é o seu aspecto preponderante.

Na dimensão subjetiva do tipo penal doloso, além do próprio dolo, compreendido na vontade de realizar o tipo objetivo (elementos descritos e normativos), alguns tipos contêm elementos que expressam a intenção ou motivação específica do agente, de modo que se referem a seu estado anímico. Exemplos: *para si ou para outrem* no crime de furto; *com o fim de obter* no crime de extorsão mediante sequestro; *por motivo de* no crime de ultraje a culto; *com o fim de prejudicar direito* no crime de falsidade ideológica.

¹⁷¹ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral*. T. I. São Paulo: Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra, 2007, p. 289.

¹⁷² BACIGALUPO, Enrique. *Derecho penal: parte general*. 2. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 1999, p. 226.

¹⁷³ BACIGALUPO, Enrique. *Derecho penal: parte general*. 2. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 1999, p. 226.

O julgador deve bem compreender os elementos do tipo para conseguir dimensionar a pena considerando situações concretas que se referem a tais elementos, mas que não constituem a chamada dupla valoração. Esse tema será melhor desenvolvimento em linhas adiante.

1.3 Circunstâncias

Circunstância é tudo que modifica um fato ou um conceito sem alterar a sua essência.¹⁷⁴ Assim, as circunstâncias são dados *acessórios* ao crime, dispensáveis para a configuração da figura penal essencial, embora causem influência sobre a quantidade de pena.

No sistema de determinação de pena adotado pelo Código Penal, caberá ao juiz, no exercício de sua discricionariedade, aferir as circunstâncias e concretizar a reprimenda. Essas circunstâncias têm relação com o injusto, como o desvalor da ação ou do resultado. Podem, ainda, refletir na maior ou menor culpabilidade do agente, ou serem eleitas por considerações político-criminais.¹⁷⁵

No que tange ao *desvalor da ação*, algumas circunstâncias anímicas ou intenções podem gerar a exasperação da pena (ex.: circunstância agravante do “motivo torpe”), ou a sua redução (ex.: circunstância atenuante “motivos morais”).

O *desvalor do resultado* relaciona-se com a maior ou menor extensão do dano provocado com a ação.¹⁷⁶ Exemplo: no furto de coisa de pequeno valor (menor extensão do dano), se o criminoso for primário, pode o juiz diminuir a pena, de modo que a menor lesividade ao bem jurídico conduz à pena inferior.

Algumas circunstâncias se referem a *características ou condições pessoais* do agente, como a conduta pessoal, antecedentes, reincidência e personalidade, as quais podem revelar a necessidade de pena mais extensa em razão da necessidade de prevenção especial.

¹⁷⁴ ASÚA, Luis Jiménez de. *Principios de derecho penal: la ley y el delito*. 3. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1958, p. 443.

¹⁷⁵ PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. V. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 595.

¹⁷⁶ PEÑA, Diego-Manuel Luzón. *Lecciones de derecho penal: parte general*. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012, p. 182-184.

Certo é que, dentro do marco legal mínimo e máximo cominado pelo legislador, o juiz terá um espaço para manejar as circunstâncias e aplicar a pena concreta.

Conhecer a razão ou fundamento da existência de cada circunstância se torna essencial para se observar o critério trifásico e, inclusive, evitar que ocorra a dupla valoração da mesma situação fática para o mesmo fim, ensejando o proibido *bis in idem*.

Como se abordará no transcorrer dos Capítulos III a V, as circunstâncias podem estar previstas na parte geral do Código Penal¹⁷⁷, como circunstâncias judiciais (art. 59), atenuantes e agravantes (arts. 61 a 66), bem como causas de aumento (ex.: art. 29, § 2º) ou de diminuição de pena (ex.: art. 16).

Em outros casos, as circunstâncias são dispostas no próprio tipo penal, na forma de qualificadoras (ex.: emprego de fogo - art. 121, § 2º) ou privilégios (ex.: motivo nobre - art. 242, parágrafo único) ou de causas de aumento (ex.: furto praticado durante o repouso noturno - art. 155, § 1º) ou de diminuição (ex.: furto de coisa de pequeno valor e ser o agente primário - art. 155, § 2º). Ou seja, o tipo penal sempre será constituído pelas elementares. Porém, alguns tipos, o legislador acrescenta certas circunstâncias que interferem na pena.

No crime de homicídio, por exemplo, são elementares “matar alguém”. Não há como se consumir o crime de homicídio sem a morte de alguma pessoa. Por outro lado, o referido tipo é composto de *circunstâncias*, relacionadas ao meio de execução (ex.: emprego de veneno), aos motivos do crime (ex.: fútil ou torpe), à qualidade da vítima (ex.: menor de 14 anos), as quais podem afetar a quantidade da pena, mas não o próprio tipo penal básico.

Pode-se dizer que a ausência de uma *elementar* que compõe o tipo acarretará na atipicidade absoluta (inexistência de qualquer outro tipo que se amolde ao fato apresentado) ou na atipicidade relativa (desclassificação para outro tipo). Na ausência de uma circunstância, o tipo permanece íntegro.

¹⁷⁷ BRASIL. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm> Acesso em: 01 jan. 2013.

Se um funcionário público, por exemplo, se apropria de bem que está em sua posse, em razão do cargo, configura o crime de peculato-apropriação, ao passo que se retirada a elementar funcionário público, tem-se apenas um particular apropriando-se de coisa alheia móvel de que tem a posse, fato este que encontra adequação típica no crime de apropriação indébita, isto é, ocorre uma atipicidade relativa. Veja-se que a apropriação de coisa alheia móvel que o agente tem a posse configura crime, que poderá ser de apropriação indébita ou peculato-apropriação, a depender da qualidade pessoal do agente (particular ou funcionário público).

Em resumo, no dizer de Bitencourt: “as elementares são componentes do tipo penal, enquanto as circunstâncias são moduladoras da aplicação da pena, e são acidentais, isto é, podem ou não existir na configuração da figura típica”.¹⁷⁸

1.4 Bem jurídico, elementares e pena cominada

Os elementos que formam o tipo penal são considerados pelo legislador para mensurar a quantidade e qualidade da pena a ser cominada. Isso porque a lei penal é a forma pela qual o Estado veicula a norma que protege determinado bem jurídico. A tônica do processo de criminalização é a dignidade do bem jurídico, de modo que o legislador para veicular a norma protetiva a esse bem utilizará a lei penal definindo os elementos típicos que melhor se ajustam à proteção. Nesse momento, necessariamente deve ser realizado um juízo de valor sobre a dignidade do bem jurídico para cominar a pena proporcional.

Pode-se afirmar que a vida é mais valiosa do que a integridade física, e, como tal, deve ter a pena cominada no tipo protetivo em nível mais elevado. Por outro lado, ao eleger um determinado bem jurídico, pode o legislador criar figuras típicas de ordens diversas, com graus de lesividade distintos, como é o caso do patrimônio e os crimes de furto, estelionato e dano. Muito embora seja o mesmo bem, o grau de ofensividade varia segundo as elementares contidas no tipo penal.

Nessa perspectiva de quantidade, não pode o legislador cominar pena fixa, de modo que a pena abstrata deve variar entre um patamar mínimo e máximo,

¹⁷⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 662.

possibilitando ao juiz, sensível à realidade do plano concreto, avaliar as circunstâncias apresentadas e fixar a reprimenda proporcional ao delito.

Merece destaque a crítica formulada por Zaffaroni e Pierangeli sobre a ênfase doutrinária na teoria do delito em detrimento da teoria da pena, apontando falha no plano legislativo relacionado ao momento criação da lei penal:

Um importantíssimo capítulo do direito penal é o da quantificação ou individualização da pena, que se encontra bastante descuidado pela doutrina, pelo menos nestes últimos anos, resultado que é do exagerado desenvolvimento que envolveu a teoria do delito, em detrimento deste capítulo, e que, lamentavelmente, compromete tanto as garantias individuais como a segurança jurídica. Um deficiente desenvolvimento do mesmo, sem princípios claros, leva invariavelmente ao campo da arbitrariedade, quando as “margens penais” apresentam exagerada amplitude e convertem o arbítrio judicial em verdadeira arbitrariedade. Na medida em que o legislador se omite de sua função específica de determinar, de forma adequada, um mínimo e um máximo de pena, e, por comodismo ou por não querer assumir responsabilidades, estabelece margens extremamente largas, em meio às quais atua o juiz, estará em jogo a segurança dos cidadãos.¹⁷⁹

Como o legislador optou por um critério de cominação de pena variável, deixando um espaço de jogo, em detrimento da pena fixa, faz-se mister estabelecer parâmetros a serem seguidos pelo juiz no processo dosimétrico, permitindo certa vinculação legal sem que se retire a discricionariedade judicial. Nesse sentido, assinalam Jescheck-Weigend que, ao dispor a lei penal de marcos punitivos, a determinação da pena além de ser uma questão de discricionariedade judicial, também é uma decisão juridicamente vinculada quando o juiz tiver que se guiar pelas regras de aplicação.¹⁸⁰

Deve o legislador ter o bem jurídico como parâmetro para cominação da pena, de modo que o tipo penal, por seus elementos, reflète essa proteção ao bem. Na primeira fase de individualização, o legislador comina a pena levando em consideração a relevância e o grau ou intensidade da ofensa ao bem jurídico, traduzidos nos elementos que compõem a figura típica.

Pode-se dizer que a pena mínima cominada corresponde ao menor valor de sancionamento a ser concretizado sem desprezar a dignidade e a lesividade do

¹⁷⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Enrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 825.

¹⁸⁰ JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal: parte general*. Granada: Comares, 2002, p. 938.

bem jurídico. Trata-se de uma garantia ao bem de punição proporcional à sua lesão. Nesse campo anota Mariângela Gomes:

A justificativa para a previsão de um mínimo legal de pena encontra-se relacionada com o desvalor do fato ofensivo ao bem jurídico. Partindo-se do pressuposto de que a medida da pena expressa uma quantificação dos valores sociais, uma vez que quanto mais precioso for o bem tanto mais elevada será a pena a quem ofender, é possível colocar as ofensas aos bens jurídicos ao lado das penas juridicamente possíveis e, assim apurar a escala de valores da sociedade.¹⁸¹

Por outro lado, a pena máxima cominada expressa a garantia da culpabilidade, mas também corresponde ao grau máximo de elevação de tutela jurídico-penal do bem jurídico. Trazendo novamente as palavras de Mariângela Gomes, “na determinação legal da margem entre as penas mínima e máxima, deve o legislador considerar, além do bem jurídico e da gravidade da ofensa a este relacionada, o grau de culpabilidade da conduta descrita”.¹⁸²

1.5 Alcance dos elementos do tipo e sua mensuração na pena

Ao analisar certos elementos do tipo se percebe que alguns admitem quantificação ou mensuração no caso concreto, possibilitando ao juiz, dentro do marco punitivo, dosar a pena na medida da gravidade da lesão, dentre outras circunstâncias. Aproximam desse raciocínio Zaffaroni e Pierangeli quando mencionam que:

Existe elementos do tipo que o constituem ou o qualificam, que são susceptíveis de quantificação, isto é não são absolutos, no sentido de resolver-se unicamente sua presença ou ausência, e sim que, como consequência da sua existência, se admitem graus de presença, e a ponderação concreta deste grau de presença para a fixação da pena-base, ou, quando assim o disponha uma circunstância genérica, isso não implica uma dupla ou plural valoração, e sim uma valoração única, que se precisa ou individualiza na sua magnitude ou grau.¹⁸³

Ou seja, no momento na análise da adequação do fato ao tipo é aferida a existência ou ausência do elemento do tipo, ao passo que no dimensionamento da pena afere-se o grau de sua presença. Nos dizeres de Jescheck-Weigend, a

¹⁸¹ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 156.

¹⁸² GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 192.

¹⁸³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Enrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 828.

existência dos elementos não fundamenta a agravação da pena, mas o seu alcance tem essa função.¹⁸⁴ Não se deve confundir a *existência* dos elementos do tipo, que justificam a condenação tendo como parâmetro os limites da pena cominada, com o *alcance* ou *extensão* dos elementos do tipo, a serem considerados pelo juiz na dosimetria da pena concreta.

O legislador não consegue no plano abstrato dimensionar as várias possibilidades de lesividade do bem jurídico, mesmo diante de um mesmo comportamento descrito na lei penal. O esgotamento da lesão alcança a pena máxima cominada, mas para se chegar a essa medida deve-se ponderar as consequências do caso concreto.

Dentro do espaço do jogo estabelecido na cominação legal o juiz se guiará pelos critérios indicados pela lei para fixação da pena, e não dispensará da aferição da *intensidade* da lesividade do bem jurídico. Ao discorrer sobre as principais funções do tipo penal, Luiz Regis Prado destaca a função individualizadora “como critério de medida de pena, no momento concreto de sua fixação, levando-se em conta gravidade da lesão ao bem jurídico”.¹⁸⁵

Com efeito, devem ser repelidas as orientações doutrinárias que preconizam o afastamento das elementares do processo dosimétrico. Ao nosso ver, de modo equivocado, aduz Ruy Rosado:

As elementares servem para classificação do crime, com a qual o juiz conclui o juízo condenatório, iniciando logo após a aplicação da pena (art. 59). Uma vez definido certo aspecto como elementar do crime, não pode ele novamente ser ponderado para a fixação da pena em alguma das suas fases seguintes.¹⁸⁶

Da leitura do trecho acima deve-se ater que, de fato, uma vez reconhecida a existência das elementares, o juiz concluirá pela realização do tipo penal e, por conseguinte, pela condenação, caso não reconheça nenhuma excludente de ilicitude ou culpabilidade. No entanto, certas elementares podem ser aferidas quanto ao seu

¹⁸⁴ JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal: parte general*. Granada: Comares, 2002, p. 972.

¹⁸⁵ PRADO, Luiz Regis. *Bem Jurídico-Penal e Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 61. No mesmo sentido: LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Princípios políticos do direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 106.

¹⁸⁶ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. *Aplicação da pena*. 5. ed. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2013, p. 67.

alcance, o que afetará as consequências do delito e repercutirá na pena concreta.

Assim, é inaceitável a afirmação do referido autor no sentido que “*Uma vez definido certo aspecto como elementar do crime, não pode ele novamente ser ponderado para a fixação da pena*”. O que se pondera na pena não é a existência da elementar em si, mas sim o seu alcance ou grau de presença, o qual se imbrica com a lesividade do bem jurídico tutelado e, como tal, afeta a medida da pena.

Esse alcance, na verdade, se manifesta como circunstância do delito. A título de exemplo, pode-se citar a elementar “droga” no crime de tráfico. Não se discute que somente se realizará o crime de tráfico de drogas com a existência da própria droga. No entanto, a sua quantidade e qualidade afeta diretamente a lesividade ao bem jurídico tutelado (saúde pública), de modo que repercute na maior ou menor gravidade do delito.

1.6 Prevenção e pena

No momento da criação do marco punitivo pelo legislador predominam critérios preventivos gerais e de proporcionalidade.¹⁸⁷ O juiz, dentro deste marco, irá considerar a gravidade concreta, observando à culpabilidade e os fins preventivos a serem realizados no caso particular, de modo que na medição da pena observa-se o princípio da cooperação entre o legislador e o julgador.¹⁸⁸

Logo, se observa que, além da lesividade do bem jurídico protegido, da maior ou menor culpabilidade ou reprovabilidade do comportamento, parte da doutrina, e nosso Código Penal (art. 59)¹⁸⁹, preconizam que a prevenção norteia o legislador na cominação do marco punitivo e o juiz na fixação da pena concreta.

Essa ponderação de critérios relacionados à gravidade do fato e ao autor nem sempre se apresenta como tarefa fácil, principalmente no momento da fixação da pena. Imaginemos uma conduta imprudente que resulte em um dano de enorme proporção social, como na fabricação errônea de um medicamento causador da morte

¹⁸⁷ CONDE, Francisco Muñoz; ARÁN, Mercedes García. *Derecho penal: parte general*. 8. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 533.

¹⁸⁸ MAURACH, Reinhart; GÖSSEL, Kral Heinz; ZIPF Heinz. *Derecho penal: parte general 2*. Buenos Aires: Astrea, 1995, p. 691.

¹⁸⁹ BRASIL. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm> Acesso em: 01 jan. 2013.

de inúmeras pessoas. Não se discute que pelos critérios de prevenção geral a pena deve ser grave para coagir a evitação de tais condutas, mas isso não quer dizer que o agente, pela perspectiva da prevenção especial, esteja a merecer uma pena grave, ao se levar em consideração seus dados pessoais.

Entretanto, ainda como ressaltado no estudo acerca das funções da pena, é mais fácil se justificar as ideias de prevenção geral no momento de ameaça da pena, que se dá com a sua cominação no tipo penal. Por outro lado, se apresenta com maior dificuldade, na fase de individualização judicial do apenamento, justificar as considerações preventivas gerais que conduzam à pena superior à gravidade do fato, justamente por carecem de legitimidade conforme os princípios constitucionais.¹⁹⁰

Da mesma forma, Stratenwerth acentua a dificuldade de estabelecer qual a influência de uma determinada reação penal, junto com todos os seus efeitos colaterais, sobre a conduta futura do autor individual, de modo que cabe apenas a formação de conjecturas, a ponto de concluir que “as necessidades de prevenção especial não podem fundamentar a instituição da pena pública”.¹⁹¹

Independentemente das críticas apontadas, no processo dosimétrico o juiz deve se nortear pelas ideias preventivas segundo o comando normativo do art. 59 do Código Penal¹⁹², já que a pena a ser fixada deve ser necessária e suficiente para reprovação e prevenção ao crime.

2 APLICAÇÃO DA PENA-BASE: CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS

2.1 Noção geral

Na primeira fase do processo dosimétrico o juiz fixará a pena-base dentro

¹⁹⁰ BACIGALUPO, Enrique. *Derecho penal: parte general*. 2. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 1999, p. 33.

¹⁹¹ STRATENWERTH, Günther. *Derecho penal - parte general I: el hecho punible*. Buenos Aires: Hammurabi, 2008, p. 40.

¹⁹² BRASIL. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm> Acesso em: 01 jan. 2013.

dos limites legais e segundo as circunstâncias judiciais. O art. 59 do Código Penal¹⁹³ traz um rol com oito circunstâncias judiciais, a saber: culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos, circunstâncias e consequências do crime, bem como o comportamento da vítima.

São dados relacionados ao fato e ao agente que revelam maior censurabilidade do comportamento, permitindo ao juiz a aplicação da pena dentro do marco punitivo de maneira proporcional à gravidade do fato e por critérios de prevenção.

Como exemplos de limites legais cominados no Código Penal¹⁹⁴ pode-se citar: furto simples (art. 155, *caput*), 1 (um) a 4 (quatro) anos de reclusão; furto qualificado (art. 155, § 4º), 2 (dois) a 8 (oito) anos de reclusão; homicídio simples (art. 121, *caput*), 6 (seis) a 20 (vinte) anos de reclusão; homicídio qualificado (art. 121, § 2º), 12 (doze) a 30 (trinta) anos de reclusão. Dentro desse marco legal o julgador deve encontrar a pena adequada aferindo as circunstâncias, entre elas as judiciais.

2.2 Quantificação e motivação da pena

A lei não dispõe sobre o *quantum* de cada circunstância judicial, ficando ao critério do juiz, mas deve haver proporcionalidade no sopesamento e análise de cada uma das oito, que poderão ser favoráveis ou desfavoráveis ao agente. Com efeito, nesse importante momento do devido processo legal, em que se determina a pena judicial, o art. 59 do Código Penal retrata tacitamente o princípio da proporcionalidade.¹⁹⁵

O Supremo Tribunal Federal não exige “fundamentação exaustiva das circunstâncias judiciais consideradas, uma vez que a sentença deve ser lida em seu

¹⁹³ BRASIL. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm> Acesso em: 01 jan. 2013.

¹⁹⁴ BRASIL. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm> Acesso em: 01 jan. 2013.

¹⁹⁵ ESSADO, Tiago Cintra. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2008, p. 91.

todo”.¹⁹⁶ Porém, é nula a decisão em que o magistrado aponta genericamente as circunstâncias desfavoráveis, sem indicar qualquer dado concreto ou razão fática para justificá-las. Nesse sentido:

I – A fixação das penas-base acima do mínimo legal não foi devidamente fundamentada, haja vista que o magistrado sentenciante não declinou adequadamente as razões de fato que determinaram a consideração negativa das circunstâncias judiciais, em patente violação ao dever de fundamentação das decisões judiciais, previsto no art. 93, IX, da Constituição Federal. II – Ordem concedida para determinar ao juízo de primeiro grau que refaça a dosimetria da pena.¹⁹⁷

Existe ainda posição no sentido de que a motivação é dispensável se a pena-base for fixada no mínimo legal. Assim já decidiu o Supremo Tribunal Federal:

Na fixação da pena-base o Juiz deve partir do mínimo cominado, sendo dispensada a fundamentação apenas quando a pena-base é fixada no mínimo legal; quando superior, deve ser fundamentada à luz das circunstâncias judiciais previstas no caput do art. 59 do Código Penal, de exame obrigatório.¹⁹⁸

Esse posicionamento não se encontra, a nosso ver, em harmonia com os princípios da fundamentação das decisões judiciais e da proporcionalidade (proibição da proteção deficiente), se houver questionamento pela acusação.

Por não ter o Código Penal regras específicas acerca da aplicação do *quantum* de cada circunstância, é possível que o julgador faça prevalecer sua vontade ou subjetivismo, mesmo que amparado retoricamente em um ato devidamente motivado em dados concretos.

Cite, por exemplo, o Habeas Corpus 101.118, no qual houve divergência de votos entre os ministros do Supremo Tribunal Federal acerca da quantidade de pena que a natureza e quantidade da droga refletiriam na pena-base. O magistrado de piso assim constou na sentença:

Conforme certidões de fl. 155, 260, 261, 330, 331 e 366, os antecedentes destes acusados são péssimos (...). Trata-se de tráfico de quase uma

¹⁹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso em Habeas Corpus nº 90531, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, julgado em 10/04/2007, DJe-004, DJe-004, divulgado em 26/04/2007, publicado em 27/04/2007, DJ 27/04/2007, p. 70, ementa vol. 2273-03, p. 545.

¹⁹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 112569, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 02/10/2012, DJe-207, divulgado em 19/10/2012, publicado em 22/10/2012.

¹⁹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 76196, Relator Ministro Maurício Corrêa, Segunda Turma, julgado em 29/09/1998, DJ 15-12-2000, p. 62, ementa vol. 2016-03, p. 448.

tonelada e meia de maconha, o que justifica um aumento significativo nas penas-base. Atentando-se para as diretrizes do art. 59, do Código Penal, fixa-se as penas-base em 12 anos de reclusão (...).¹⁹⁹

A Ministra relatora Ellen Gracie, por sua vez, asseverou que:

Diante dos maus antecedentes do paciente reconhecidos pelo magistrado e da vultosa quantidade de droga apreendida em seu poder, tenho que a fixação da pena-base em 12 (doze) anos de reclusão não se mostra desarrazoada ou desproporcional, estando devidamente fundamentada, mormente se se considerar que a quantidade de substância apreendida deverá preponderar sobre o previsto no art. 59 do Código Penal.²⁰⁰

Em sentido divergente, votou o Ministro Celso de Mello:

Não posso reconhecer, no fragmento sentencial ora reproduzido, qualquer fundamentação juridicamente idônea que pudesse justificar exasperação tão significativa da pena-base.²⁰¹

O voto divergente discorreu sobre a necessidade de o ato judicial ser adequadamente motivado e se embasar em dados concretos, sob pena de comportamento manifestamente arbitrário e à margem da lei. No entanto, apesar de afirmar que o aumento da pena-base bem acima do mínimo foi desproporcional, não indicou de forma precisa qual critério deveria o magistrado utilizar para chegar a uma exasperação razoável.

O Superior Tribunal de Justiça, na mesma linha do Supremo, se posiciona que a fixação da pena não é um cálculo matemático, e dispensa a indicação do *quantum* para cada circunstância judicial:

A ponderação das circunstâncias do art. 59 do Código Penal não é uma operação aritmética, em que se dá pesos absolutos a cada uma delas, a serem extraídas de cálculo matemático levando-se em conta as penas máxima e mínima cominadas ao delito cometido pelo agente, mas sim um exercício de discricionariedade vinculada.²⁰²

¹⁹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 101.118, Relatora Ministra Ellen Gracie, Relator para Acórdão: Ministro Celso De Mello, Segunda Turma, julgado em 08/06/2010, DJe-159.

²⁰⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 101.118, Relatora Ministra Ellen Gracie, Relator para Acórdão: Ministro Celso De Mello, Segunda Turma, julgado em 08/06/2010, DJe-159.

²⁰¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 101.118, Relatora Ministra Ellen Gracie, Relator para Acórdão: Ministro Celso De Mello, Segunda Turma, julgado em 08/06/2010, DJe-159.

²⁰² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 170.859, Relator Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 06.11.2012, DJe 21.11.2012.

No entanto, do julgado do Supremo Tribunal Federal acima referido, se pode concluir que o sistema de determinação de pena, pela omissão legislativa acerca da regulamentação específica sobre o *quantum* das circunstâncias, enseja a dificuldade na aplicação da reprimenda, e, por conseguinte, torna possível o exercício arbitrário e a violação ao direito à liberdade.

Apesar dos Tribunais Superiores se posicionarem que na fixação da pena-base a ponderação das circunstâncias não é uma operação aritmética, a verdade é que o próprio Superior Tribunal de Justiça reiteradamente decide que, como o Código Penal não indicou o *quantum* para as circunstâncias, devem ser observados “os princípios da proporcionalidade, razoabilidade, necessidade e suficiência à reprovação e prevenção do crime, que norteiam a aplicação da pena”.²⁰³

O problema, como visto no Capítulo I, ao analisarmos as funções e princípios da pena, é que certos postulados de prevenção, como o geral, não encontram legitimidade para a sua concretização. A proporcionalidade, por sua vez, deve encontrar limites, sob pena de exercida de forma abusiva.

Com efeito, não se está aqui em apologia ao apego à cálculos aritméticos na dosimetria penal, nem mesmo ao abandono dos princípios da proporcionalidade, necessidade e suficiência da pena, mas sim em defesa ao estabelecimento de limites à discricionariedade judicial na aferição das circunstâncias.

Uma sugestão de alteração legislativa seria a limitação quantitativa de cada circunstância judicial, a qual, a nosso sentir, deveria variar entre 1/6 a 1/3 da pena mínima²⁰⁴, mas tendo como preponderantes as circunstâncias relativas às *consequências do crime*, por imbricarem-se ao nível de lesividade do bem jurídico. No caso das preponderantes, a exasperação poderia atingir a média dos extremos da pena cominada. Isso porque, se a função do Direito Penal é a proteção ao bem, seus institutos devem ser interpretados para cumprir essa função da maneira mais eficaz possível.

²⁰³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agavo Regimental no Recurso Especial 1021796, Relatora Ministra Assusete Magalhães, Sexta Turma, julgado em 19.03.2013, DJe 17.04.2013.

²⁰⁴ São os menores patamares das causas de aumento especiais dos tipos penais da Parte Especial do Código Penal. Assim, em interpretação sistemática, pode-se defluir que são considerados proporcionais.

Ademais, deve o legislador dispor de modo expresso que o valor indicado para cada circunstância deve observar os limites mínimo e máximo da cominada e deverá o juiz permitir a compensação de circunstâncias judiciais favoráveis com desfavoráveis.

Enquanto essa alteração não corre, nada impede que esse critério seja seguido como orientação para as decisões judiciais, até porque, melhor um critério a ausência de critério.

O Código Penal também não fixa regras sobre a possibilidade de a pena ser aplicada em seu patamar máximo, ou se existe algum limite intermediário, bem como se deve partir do mínimo o seu cálculo.

Aponta a doutrina que, se todas as circunstâncias do art. 59 do Código Penal forem favoráveis ao agente, a pena-base deve ser aplicada no mínimo cominado, bem como seu cálculo deve partir deste. Se no conjunto forem desfavoráveis, deve se aproximar do *termo médio*, considerado a média da soma dos dois extremos, isto é, penas mínima e máxima.²⁰⁵

O que não se mostra inadmissível é a aplicação da pena a partir da média dos extremos do marco legal. Sobre o tema é esclarecedora a seguinte decisão do Supremo Tribunal Federal:

A quantidade da pena-base, fixada na primeira fase do critério trifásico (CP, arts. 68 e 59, II), não pode ser aplicada a partir da média dos extremos da pena cominada para, em seguida, considerar as circunstâncias judiciais favoráveis e desfavoráveis ao réu, porque este critério não se harmoniza com o princípio da individualização da pena, por implicar num agravamento prévio (entre o mínimo e a média) sem qualquer fundamentação. O Juiz tem poder discricionário para fixar a pena-base dentro dos limites legais, mas este poder não é arbitrário porque o caput do art. 59 do Código Penal estabelece um rol de oito circunstâncias judiciais que devem orientar a individualização da pena-base, de sorte que quando todos os critérios são favoráveis ao réu, a pena deve ser aplicada no mínimo cominado; entretanto, basta que um deles não seja favorável para que a pena não mais possa ficar no patamar mínimo.²⁰⁶

Apesar de haver posicionamento em sentido contrário, indicando o respeito ao termo médio, na visão de Nucci o sistema trifásico adotado não impede

²⁰⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 675.

²⁰⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 76196, Relator Ministro Maurício Corrêa, Segunda Turma, julgado em 29/09/1998, DJ 15-12-2000, p. 62, ementa vol. 2016-03, p. 448.

que a pena-base seja fixada no máximo se forem desfavoráveis as circunstâncias judiciais.²⁰⁷ Nesse sentido já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

Para a fixação da pena-base no máximo legal é imprescindível que se proceda à devida fundamentação, ou seja, que o quantum estabelecido obedeça o princípio da razoabilidade e que esteja amparado em dados concretos e nas circunstâncias insertas no art. 59 do Código Penal.²⁰⁸

De fato, a regra disposta dita que o juiz estabelecerá “a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos” (art. 59, II, do Código Penal). O marco punitivo criado pelo legislador assegura um mínimo e máximo de tutela protetiva ao bem jurídico, de sorte que à gravidade do fato, considerando as suas circunstâncias, poderá ensejar o dimensionamento da sanção em seu patamar máximo desde a primeira fase do processo dosimétrico.

Não se quer aqui fazer apologia à pena exasperada, mas sim ao comando normativo sobre o tema, sem olvidar, no entanto, que o juiz durante a dosimetria deve se ater aos princípios da individualização da pena, ofensividade, proporcionalidade, humanidade e fundamentação das decisões judiciais.

2.3 Pena abaixo do mínimo legal

Predomina na doutrina que a pena não pode ser fixada abaixo do mínimo²⁰⁹, uma vez que o art. 59, II, do Código Penal é enfático ao determinar que o juiz deve fixar “a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos”²¹⁰. Assim, em observância ao princípio da legalidade, a pena concreta deve respeitar o marco penal punitivo.

Paulo Queiroz, em posição contrária, sustenta que, se o juiz pode o mais - absolver em razão da incidência do princípio da insignificância - pode o menos, que

²⁰⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 318.

²⁰⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 102569/SP, Relator Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 09/09/2008, DJe 13/10/2008.

²⁰⁹ Nesse sentido: PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. V. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 601.

²¹⁰ BRASIL. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm> Acesso em: 01 jan. 2013.

seria a aplicação da pena abaixo do mínimo, por ser a medida proporcional ao delito.²¹¹

2.4 Compensação de circunstâncias

O legislador também nada menciona acerca da possibilidade da compensação de circunstâncias judiciais. Imaginemos que das 08 (oito) circunstâncias 06 (seis) sejam neutras, vale dizer, o juiz não tem nenhum dado concreto para emitir valoração desfavorável, de modo que não irão interferir na exasperação da pena, ao passo das 02 (duas) restantes, uma seja favorável e outra desfavorável. Neste caso, poderá haver a compensação?

O Superior Tribunal de Justiça já admitiu que sim. Tratava-se da circunstância comportamento da vítima considerada positivamente:

Por outro lado, o aumento em razão da presença de duas circunstâncias válidas deve ser de certo modo compensado, em razão do reconhecimento, na Sentença, de que a conduta do sujeito passivo do delito contribuiu para a prática da conduta. Nesse sentido, lembre-se que "dentre as oito circunstâncias trazidas no artigo 59 do Código Penal, existe uma, o comportamento da vítima, que pode ser valorada em favor do réu, razão pela qual mostra-se plenamente possível a compensação entre circunstâncias negativa e positiva."²¹²

De fato, nada impede que as circunstâncias judiciais se compensem, mas desde que o juiz no sopesamento concreto conclua pela sua equivalência.

2.5 Natureza residual

Apesar de o julgador iniciar a aplicação da pena analisando as circunstâncias judiciais, elas possuem natureza residual e somente serão levadas em consideração no *quantum* se não constituírem qualificadoras ou privilégios, causas de aumento ou de diminuição, agravantes ou atenuantes.

Se houver qualificadora (circunstância que altera o mínimo e máximo da pena), os limites legais serão alterados, refletindo em todo o processo dosimétrico. Exemplo: basta uma qualificadora no crime de homicídio para que os limites se

²¹¹ QUEIROZ, Paulo. *Direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 365.

²¹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental do Recurso Especial nº 1074060, Relatora Ministra Maria Thereza De Assis Moura, Sexta Turma, Julgado em 20/03/2012, DJe 09/04/2012.

alterem de reclusão de 6 (seis) a 20 (vinte) anos para reclusão de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.

No entanto, havendo *pluralidade de qualificadoras* (ex.: homicídio praticado por *motivo fútil* e com emprego de *veneno*), uma será utilizada para qualificar o crime, devendo ser as demais consideradas na segunda fase da aplicação da pena, como *circunstâncias agravantes*, se previstas em lei. Não havendo previsão como agravante, devem ser utilizadas como circunstâncias judiciais desfavoráveis na primeira fase.²¹³

3 FORMAS DE APLICAÇÃO DAS AGRAVANTES E ATENUANTES

3.1 Noção geral

Circunstâncias agravantes ou atenuantes são as que modificam as consequências da responsabilidade penal sem alterar o tipo penal.²¹⁴ Revelam maior ou menor reprovabilidade do crime e interferem na quantidade da pena e não nos elementos da figura típica, a ponto de afastar a adequação típica.

Como qualquer circunstância, elas podem ter relação com o injusto (desvalor da ação ou do resultado), ou refletirem na maior ou menor culpabilidade, ou serem eleitas por considerações político-criminais.

As agravantes são circunstâncias legais que somente poderão ser consideradas na dosimetria quando não constituírem ou qualificarem o crime, como bem dispõe o art. 61, *caput*, do Código Penal. Muito embora conste qualificadora no referido dispositivo legal, deve-se tomar a expressão em sentido amplo, compreendendo qualificadora em sentido estrito e causa de aumento.

O mesmo raciocínio deve ser empregado para as atenuantes, de modo a

²¹³ Precedentes: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso em Habeas Corpus nº 114458, Relator Ministro Dias Toffoli, Primeira Turma, julgado em 19/02/2013, processo eletrônico DJe-051 divulgado em 15/03/2013, publicado em 18/03/2013; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 173.608/RJ, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 04/09/2012, DJe 17/09/2012.

²¹⁴ ASÚA, Luis Jiménez de. *Principios de derecho penal: la ley y el delito*. 3. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1958, p. 443.

não incidir quando a circunstância indicada constituir o crime ou for prevista como privilégio ou causa de diminuição de pena. Caso contrário, haveria dupla valoração, considerada pela doutrina também como forma de *bis in idem*.

A título de exemplo, pode ser citado o crime de infanticídio, que é constituído por criança e a relação de parentesco (mãe e filho). Na dosagem da pena o juiz não poderá considerar ter o crime sido cometido “contra criança” e “contra descendente” (art. 61, I, alíneas “e” e “h”, do Código Penal).

Da mesma forma, no homicídio doloso é prevista a causa de aumento de pena de 1/3 (um terço) se o crime é praticado contra pessoa menor de 14 (quatorze) ou maior de 60 (sessenta) anos. Ocorrendo uma destas hipóteses, não se aplicará a agravante descrita no art. 61, II, *h*, do Código Penal (*se o crime é praticado contra criança ou maior de 60 anos*)²¹⁵, uma vez que já figuram como causa de aumento na parte especial.

3.2 Concurso de agravantes e atenuantes

É possível que ocorra concurso entre circunstâncias agravantes e atenuantes. O art. 67 do Código Penal²¹⁶ dita que a pena deve se aproximar do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes, entendendo-se como tais as que resultam dos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da reincidência.

As preponderantes têm natureza pessoal, de modo que, segundo o legislador, as circunstâncias subjetivas, sejam atenuantes (ex.: motivo de relevante valor moral ou social; menoridade, que decorre da personalidade) ou agravantes (ex.: motivo fútil; torpe; reincidência), preponderam sobre as circunstâncias objetivas.

Logo, doutrina e jurisprudência admitem que uma agravante possa ser compensada com uma atenuante, desde que uma não seja preponderante em relação à outra. Isso quer dizer que agravantes *não preponderantes* se compensam

²¹⁵ BRASIL. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm> Acesso em: 01 jan. 2013.

²¹⁶ BRASIL. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm> Acesso em: 01 jan. 2013.

com atenuantes *não preponderantes*, bem como as agravantes e atenuantes *preponderantes* se compensam entre si.

Entretanto, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça²¹⁷ tem posição firmada no sentido de que a atenuante da menoridade relativa (menor de 21 a maior de 18 anos) prepondera sobre todas as circunstâncias agravantes ou atenuantes.

Isso não quer dizer que a menoridade irá anular todas as agravantes. Seria totalmente desproporcional imaginar que apenas uma única atenuante seria capaz, por exemplo, de afastar a incidência de três ou quatro agravantes apresentadas no caso concreto. Essa preponderância se considera em relação a outra circunstância e não ao conjunto de circunstâncias. Na mesma linha Ricardo Schmitt assinala que:

O grau de preponderância se refere ao concurso de circunstâncias legais entre si, de forma isolada, uma frente a outra, não podendo imaginar, por exemplo, que apenas a circunstância atenuante da menoridade (que é a rainha das circunstâncias legais) possa, isoladamente, preponderar sobre as agravantes da reincidência, crime cometido por motivo fútil, crime cometido contra criança e crime cometido com emprego de meio cruel, nem mesmo que a circunstância agravante da reincidência possa, também, de forma isolada, preponderar sobre as atenuantes da confissão, do crime cometido por relevante valor social e ainda sob a influência de multidão em tumulto, que o agente não provocou, uma vez que, nestes casos, não estaria o julgador preocupado em observar os já citados princípios da proporcionalidade, da isonomia e da coerência que devem nortear os julgamentos.²¹⁸

Ademais, o art. 67 do Código Penal somente estabeleceu a regra da preponderância entre cada circunstância, o que não pode ser confundido com regras de afastamento ou exclusão de circunstâncias.

Preponderar significa que na mensuração de cada circunstância considerada individualmente na dosimetria o juiz irá considerar que as de natureza subjetiva (motivos, personalidade e reincidência) merecem maior elevação ou redução se comparadas com as de natureza objetiva.

3.3 Quantificação das circunstâncias legais

²¹⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 139.577/RJ, Relator Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 21/06/2012, DJe 01/08/2012.

²¹⁸ SCHMITT, Ricardo Augusto. *Sentença penal condenatória*. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 168.

A legislação é omissa acerca do *quantum* do aumento de cada agravante ou da redução de cada atenuante. Fica a critério do juiz, mas deve haver proporcionalidade.

Apesar da ausência de previsão, parcela da doutrina se posiciona no sentido de que, na prática, o juiz deve agravar ou atenuar a pena por cada circunstância, em valor aproximado de 1/6 (um sexto), tendo como parâmetro a pena-base.

Na visão de Nucci, deve haver um parâmetro fixo e proporcional à pena-base, sendo que “cada agravante ou atenuante deve ser equivalente a um sexto da pena-base (menor montante fixado para as causas de aumento ou de diminuição)”.²¹⁹

Em posição semelhante, Bitencourt sustenta que a variação das agravantes e atenuantes não deve chegar até 1/6 (um sexto) da pena-base, justamente por ser esta fração o limite mínimo das majorantes e minorantes, que representam maior intensidade e não podem ser equiparadas às agravantes e atenuantes.²²⁰

Boschi aceita a tese do teto de 1/6 (um sexto) do valor da pena-base para cada agravante ou atenuante, mas propõe o piso de 01 (um) dia para cada, sendo a culpabilidade o critério para definir o *quantum* de fixação do valor entre um dia a 1/6 da pena-base. O Superior Tribunal de Justiça encampou o posicionamento de o teto ser de 1/6 (um sexto):

Por não ter o Código Penal estabelecido balizas para o agravamento e atenuação das penas, na segunda fase de sua aplicação, a doutrina e jurisprudência têm entendido que esse aumento ou diminuição deve se dar em até 1/6 (um sexto), atendendo a critérios de proporcionalidade.²²¹

Porém, o próprio Superior Tribunal de Justiça já reconheceu que esse teto de um sexto é uma regra, mas é admitida exceção, atendendo a critérios de proporcionalidade, de sorte que “é possível maior punição, ou seja, aplicação da

²¹⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 209.

²²⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 671.

²²¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 216.482/DF, Relator Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, julgado em 22/03/2012, DJe 11/04/2012.

reprimenda em patamar diverso de 1/6 (um sexto) quando situações excepcionais justificarem tal medida”.²²²

O Código Eleitoral (Lei nº 4.737/65), por sua vez, em seu art. 285, dispõe expressamente acerca do montante do aumento ou da diminuição:

Quando a lei determina a agravação ou atenuação da pena sem mencionar o "quantum", deve o juiz fixá-lo entre um quinto e um terço, guardados os limites da pena cominada ao crime.

Atentando à regra expressa do Código Eleitoral, por analogia, os mesmos parâmetros deveriam ser utilizados na aplicação da pena aos demais crimes, ou então, ser utilizada a mesma interpretação antes exposta para as circunstâncias judiciais.

Interessante que, em tema de quantidade para cada agravante ou atenuante, apesar da insuficiência legislativa, doutrina e jurisprudência aproximam-se da regra do valor de 1/6 (um sexto). Em se tratando de circunstância judicial não encontramos essa coerência, facilitando o exercício arbitrário de poder, justamente pela carência normativa em matéria de dosimetria penal.

3.4 Limites

O juiz deve aplicar a pena dentro dos limites previstos pelo legislador. Isso quer dizer que, na segunda fase do processo dosimétrico, o julgador não pode extrapolar os limites da pena cominada.²²³

Porém, no que tange às atenuantes, a doutrina diverge sobre o tema. Uma primeira corrente mantém-se firme na posição acima, no sentido de que o juiz deverá respeitar os limites previstos na pena cominada. Perfilha dessa posição o Superior Tribunal de Justiça, inclusive com matéria objeto da Súmula nº 231: “a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo

²²² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 198.291/SP, Relator Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 22/03/2012, DJe 11/04/2012.

²²³ Conforme DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 617; GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de. *Direito penal: parte geral*. V. 2. Revista dos Tribunais, 2009, p. 519; BOSCHI, José Antônio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 246.

do mínimo legal”. Na mesma esteira vem o Supremo Tribunal Federal.²²⁴

Em sentido diverso, parcela da doutrina argumenta que o art. 65 do Código Penal²²⁵ dispõe que as circunstâncias atenuantes “sempre” atenuam a pena, de sorte que o patamar mínimo cominado não poderá ser óbice para a redução, o que afrontaria, inclusive, o princípio da individualização da pena.

Nessa linha, destaca Bitencourt que, por não condicionar a incidência ao limite, a sua restrição violaria o direito público subjetivo do condenado à pena justa, legal e individualizada.²²⁶ Luiz Regis Prado argumenta que a pena pode ficar abaixo do mínimo legal, já que o art. 68 não consigna nenhuma restrição.²²⁷

Por essa posição de Luiz Regis Prado então poderia se sustentar que a incidência de agravante admitiria extrapolar o limite da pena cominada, já que também não haveria qualquer restrição. Porém, a nosso sentir, trata-se de um equívoco.

Na verdade, haveria patente violação aos princípios da individualização da pena, separação dos poderes e da legalidade, a aplicação de pena em espécie ou quantidade diversa da cominada em lei. Como se não bastasse, o art. 68 do Código Penal deve ser interpretado em conjunto com o seu art. 59, II, que dispõe sobre o dever do juiz de fixar a quantidade de pena aplicável “dentro dos limites previstos”. A exceção a essa regra dos limites previstos ocorrerá com as causas de aumento e de diminuição de pena. Caso contrário, as agravantes e atenuantes perderiam a sua razão de ser.

Entretanto, diante do sistema trifásico ser um processo sucessivo de aplicação de pena, passando da pena-base a uma pena intermediária e resultando na definitiva, possibilita situação de injustiça no caso concreto, a merecer melhor atenção.

²²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 100371, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, julgado em 27/04/2010, DJe-091, Divulgado em 20/05/2010, Publicado em 21/05/2010.

²²⁵ BRASIL. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm> Acesso em: 01 jan. 2013.

²²⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 678.

²²⁷ PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. V. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 601.

Pode ocorrer que a pena-base seja fixada no mínimo legal, tendo o juiz deixado de reconhecer, na segunda fase, alguma circunstância atenuante em razão do limite mínimo previsto, mas tendo incidido causa de aumento na terceira fase. Essa situação se mostra totalmente injusta por não incidir a atenuante, já que a pena não mais se encontrava em seu mínimo legal com a aplicação da majorante.

Para se evitar essa anomalia, de forma excepcional, a atenuante deve ser reconhecida, mesmo após a incidência da majorante, em uma espécie de quarta fase, mas respeitado o mínimo legal. Assim, a excepcionalidade se justifica e se encontraria em sintonia com o art. 65 do Código Penal (“são circunstâncias que sempre atenuam a pena”)²²⁸, com os princípios da individualização e da proporcionalidade, bem como se harmoniza com o enunciado da Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça. Ademais, prevalece a norma que mais garante a liberdade do indivíduo. Nesse sentido vem o Projeto de Lei do Senado nº 236/12²²⁹ (Novo Código Penal):

Art. 84, § 3º . Quando a pena-base for fixada no mínimo cominado e sofrer acréscimo em consequência de exclusiva causa de aumento, o juiz poderá reconhecer atenuante até então desprezada, limitada a redução ao mínimo legalmente cominado.

Se aprovada a redação proposta, os principais argumentos da posição que admite a pena abaixo do mínimo serão destruídos, restando praticamente superada a divergência doutrinária sobre a temática.

4 CAUSAS DE AUMENTO E DE DIMINUIÇÃO

Superada a primeira fase com a fixação da pena-base, o juiz poderá alterá-la caso reconheça alguma circunstância atenuante ou agravante. Reconhecendo ou não, segue-se para o próximo passo do processo dosimétrico com a análise das causas de diminuição e de aumento.

4.1 Inexistência de rol específico

²²⁸ BRASIL. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm> Acesso em: 01 jan. 2013.

²²⁹ <http://www.senado.gov.br/atividade/Comissoes/comissao.asp?origem=&com=1603>.

Ao contrário das circunstâncias judiciais (artigo 59 do Código Penal) e das atenuantes e agravantes (artigos 61 a 67 do Código Penal), o Código Penal não traz um rol com causas de aumento ou de diminuição, de modo que elas se encontram esparsas na parte geral e especial do Código Penal, bem como na legislação penal especial. Como dito anteriormente, o juiz irá considerá-las na terceira etapa da dosimetria da pena.

4.2 Fundamento de existência

Da mesma forma que qualquer circunstância, as causas de aumento ou de diminuição também podem ter relação com o injusto (desvalor da ação ou do resultado), ou refletirem na maior ou menor culpabilidade, ou serem eleitas por considerações político-criminais. Porém, existem algumas circunstâncias que o legislador empresta especial relevo e as destacam no momento da aplicação da pena, passando a prevê-las como causas especiais de aumento ou de diminuição de pena.

As de aumento, também denominadas de majorantes, são circunstâncias que demonstram maior reprovabilidade e elevam a pena. *Exemplo*: Código Penal, art. 155, § 1º (*a pena aumenta-se de um terço, se o crime é praticado durante o repouso noturno*). Ou seja, a situação fática (período de repouso noturno) revela maior gravidade do crime por se tratar de um período de maior vulnerabilidade do patrimônio justificando maior exasperação da pena.

Mesmo se não existisse a referida majorante, o juiz ainda assim poderia considerar a mesma situação fática sob rótulo jurídico diverso, qual seja, circunstância judicial, com vistas a atingir o mesmo fim de exasperar a pena pela maior reprovabilidade diante da facilidade temporal do meio de execução.

De outra ponta, as majorantes não se confundem com as qualificadoras, já que nestas a lei não estabelece um valor a incidir sobre determinada pena, mas sim comina diretamente uma pena autônoma, estabelecendo o mínimo e o máximo.

Exemplo: Código Penal, art. 155, § 4º (reclusão de 2 a 8 anos e multa).²³⁰

As causas de diminuição estão previstas tanto na parte geral como na parte especial. Não deve ser confundida com a denominada privilegiadora, hipótese na qual o legislador utiliza a técnica de alterar os limites abstratos (mínimo e máximo). Exemplo desta espécie vem no art. 242, parágrafo único, do Código Penal, ao cominar uma pena de detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos, podendo, inclusive, o juiz deixar de aplicar a pena, sendo que no tipo básico (art. 242, *caput*) é cominada a pena de reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos.²³¹

4.3 Limites

As causas de aumento podem superar o máximo da pena abstrata e as causas de diminuição podem reduzir a pena abaixo do mínimo previsto. *Exemplo:* o homicídio simples prevê uma pena mínima de seis anos de reclusão. Aplicando-se a causa de diminuição de pena prevista no art. 121, § 1º (diminuição de 1/6 a 1/3), a pena poderá ficar abaixo dos 6 anos.

Por outro lado, aplicando-se a causa de aumento prevista na parte final do § 4º (homicídio doloso contra menor de 14 anos), a pena poderá superar a pena máxima de 20 (vinte) anos.

4.4 Concurso de majorantes ou de minorantes

Se houver concurso de causas de aumento ou diminuição previstas na parte geral do Código Penal, o juiz deverá aplicar todas elas. No concurso de causas de aumento ou de diminuição previstas na parte especial do Código Penal, pode o magistrado limitar-se a um só aumento ou a uma só diminuição, prevalecendo, todavia, a causa que mais aumente ou diminua (art. 68, parágrafo único, do Código Penal). *Exemplo:* causas de aumento previstas nos artigos 250, § 1º, e 258, 1ª parte, ambos do Código Penal.

²³⁰ BRASIL. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm> Acesso em: 01 jan. 2013.

²³¹ BRASIL. Código Penal. “Parto suposto. Supressão ou alteração de direito inerente ao estado civil de recém-nascido. Art. 242 - Dar parto alheio como próprio; registrar como seu o filho de outrem; ocultar recém-nascido ou substituí-lo, suprimindo ou alterando direito inerente ao estado civil (...).Parágrafo único - Se o crime é praticado por motivo de reconhecida nobreza”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm> Acesso em: 01 jan. 2013.

No caso de haver quantidade variável de aumento no mesmo dispositivo deve o julgador levar em consideração a gravidade concreta apresentada no caso e não a regra acima indicada. Como exemplo cite-se a majorante do crime de roubo que prevê um aumento de 1/3 (um terço) a 1/2 (metade) e indica cinco incisos com circunstâncias que manifestam maior reprovabilidade do fato.²³²

Para fins de fixação do aumento em hipóteses semelhantes o Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento que o aumento da pena no roubo exige fundamentação concreta, sendo insuficiente a mera indicação do número de majorantes. Nesse sentido:

2. A presença de mais de uma causa de aumento de pena no crime de roubo não é razão obrigatória de majoração da punição em patamar acima do mínimo previsto, a menos que o magistrado, considerando as peculiaridades do caso concreto, constate a existência de circunstâncias que indiquem a necessidade da exasperação, o que não foi realizado na espécie. 3. Ao contrário do que afirmou o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, a fundamentação utilizada pelo Juízo singular para exasperar o aumento em razão do concurso de agentes e do emprego de arma não satisfaz, nem de longe, as exigências da Súmula n.º 443/STJ. Esta exige, explicitamente, que os argumentos lançados pelo julgador tenham como substrato os dados empíricos extraíveis do caso concreto, e não devaneios abstratos de como o uso de arma ou a união de esforços criminosos torna o roubo mais "eficiente". Disso o legislador já sabia, tanto que previu o aumento geral e abstrato em questão.²³³

Isso significa que, dependendo das circunstâncias apresentadas no caso concreto, pode a pena ser fixada no máximo, mesmo diante de uma ou duas majorantes, a depender da maior reprovabilidade, ou mesmo no patamar mínimo. Um roubo com emprego de arma (estilete) e em concurso de duas pessoas, é bem menos grave que um roubo com emprego de inúmeras armas de fogo de alto potencial ofensivo mediante o concurso de várias pessoas. Ou seja, o juiz deve levar em consideração dados concretos e não abstrações.

4.5 Forma de aplicação

²³² BRASIL. Código Penal. "Art. 157, § 2º - A pena aumenta-se de um terço até metade: I - se a violência ou ameaça é exercida com emprego de arma; II - se há o concurso de duas ou mais pessoas; III - se a vítima está em serviço de transporte de valores e o agente conhece tal circunstância; IV - se a subtração for de veículo automotor que venha a ser transportado para outro Estado ou para o exterior; V - se o agente mantém a vítima em seu poder, restringindo sua liberdade". Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm> Acesso em: 01 jan. 2013.

²³³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 268.302/SP, Relatora Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 25/06/2013, DJe 01/08/2013.

No que tange ao parâmetro sobre o qual incidirá o aumento, surgem três posições:

1ª) cada aumento ou diminuição deve incidir sobre o valor da pena fixada na segunda fase de forma individual. Assim, se a pena for 6 (seis) anos e houver duas causas de aumento de 1/2 (metade), a pena restará em 12 (doze) anos, sendo 3 (três) anos para cada uma das majorantes. A crítica apontada é a possibilidade da pena zero na hipótese de causa de diminuição.

2ª) as causas de aumento incidem umas sobre as outras, assim como as de diminuição. No exemplo acima, com o primeiro aumento de metade a pena se elevaria para 9 (nove) anos; com o segundo aumento, a incidir sobre o último resultado (nove anos), a pena restaria em 13 (treze) anos e 6 (seis) meses.

3ª) as causas de diminuição incidem umas sobre as outras, ao passo que cada causa de aumento deve incidir sobre o valor da pena fixada na segunda fase de forma individual, conciliando, assim, as duas posições acima.

A segunda posição é a majoritária, pois além de evitar a pena zero ainda cria um método uniforme para o aumento e diminuição.

5 SÍNTESE

Apesar de o Código Penal estabelecer que no momento da aplicação da pena deverá o juiz escolhê-la dentre as cominadas na lei e realizar a quantificação dentro dos limites previstos, restará espaço relativamente aberto para a sua concretização.

Esse espaço no qual o julgador exercerá a discricionariedade judicial será preenchido com a aferição, de forma fundamentada, das circunstâncias do crime. No que tange as formas de aplicação da pena de prisão, como visto, o Código Penal adota o critério trifásico. Em uma primeira fase será fixada a chamada pena-base, observando as circunstâncias judiciais; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento, sem prejuízo da observância da regra de que a pena deve ser fixada conforme seja necessária e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

Calha destacar o voto do Ministro Celso de Mello no aludido Habeas Corpus 101.118:

Cabe insistir, neste ponto, consideradas as razões precedentemente expostas, que a aplicação da pena, em face do sistema normativo brasileiro, não pode converter-se em instrumento de opressão judicial nem traduzir exercício arbitrário de poder, eis que o magistrado sentenciante, em seu processo decisório, está necessariamente vinculado aos fatores e aos critérios, que, em matéria de dosimetria penal, limitam-lhe a prerrogativa de definir a pena aplicável ao condenado.²³⁴

No entanto, apesar dos Tribunais Superiores indicarem que o magistrado deve seguir os critérios acerca da dosimetria penal, na verdade, se verifica uma carência de regras específicas acerca do *quantum* de cada circunstância, ou seja, em qual quantidade de pena cada circunstância afetará.

Nas causas de aumento ou de diminuição com patamar fixo esse problema não aparece, nem mesmo se incidir uma qualificadora, já que nesse caso altera-se os limites mínimo e máximo. A falta de regras se manifesta nas circunstâncias judiciais e legais (agravantes e atenuantes). Não se pode deixar de concluir, nesse aspecto, que o sistema de determinação da pena apresenta relativa imprecisão.

Por outro lado, essa imprecisão pode ser mitigada pela pacificação da jurisprudência e cristalização do entendimento doutrinário, ou, ao menos, a aproximação de uma regra razoável.

Enquanto o legislador não trazer regras mais seguras e claras sobre a aplicação das circunstâncias, somente com maior precisão dogmática e consolidação da jurisprudência será possível restringir os espaços de discricionariedade judicial.

²³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 101.118, Relatora Ministra Ellen Gracie, Relator para Acórdão: Ministro Celso De Mello, Segunda Turma, julgado em 08/06/2010, DJe-159.

CAPÍTULO III CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS

Do sistema de determinação judicial adotado pelo legislador pátrio não se pode esperar precisão matemática ou semelhança quantitativa de reprimenda para casos análogos.

Isso não quer dizer que o sistema não realize a sua função. Os parâmetros pelos quais o julgador irá utilizar para modular a pena, se bem empregados, podem conferir legitimidade à discricionariedade judicial. Esse emprego envolve a devida compreensão das razões ou fundamentos de cada circunstância judicial, sem prejuízo da observância da esmerada quantificação e motivação da pena.

Pelo critério trifásico de aplicação da pena o legislador viabiliza a aplicação do amplo rol de circunstâncias e facilita a fundamentação da decisão, de modo que o sistema de determinação de pena, apesar dos inconvenientes apresentados, conforma-se com os princípios constitucionais da individualização da pena e da fundamentação das decisões judiciais.

Por isso é de salutar importância a catalogação de um rol de circunstâncias, sejam judiciais, legais, majorantes ou minorantes, as quais orientarão o juiz durante a dosimetria penal. Nesse passo, quanto mais seguro for o processo de interpretação e aplicação das circunstâncias maior será a segurança do sistema de penas. Por outro lado, se as circunstâncias ensejarem divergência sobre a sua correta natureza ou suas razões, mais difícil será a aplicação da pena, aumentando a discricionariedade judicial, e, por conseguinte, o enfraquecimento da legalidade.

Na sequência serão analisadas as circunstâncias judiciais, as quais se relacionam ao fato e ao agente e revelam maior censurabilidade ao comportamento, permitindo ao juiz a aplicação da pena dentro do marco punitivo.

1 CULPABILIDADE

1.1 Definição

A culpabilidade passou a integrar o rol das circunstâncias judiciais na reforma penal de 1984, o que veio a gerar ampla discussão doutrinária, tendo em vista a confusão recorrente entre os conceitos de *culpabilidade como circunstância judicial* (grau de mensuração da pena) e *culpabilidade integrante do conceito analítico do crime* (crime composto por fato típico, ilicitude e culpabilidade) ou *culpabilidade pressuposto de aplicação da pena* (crime composto por fato típico e ilicitude).

Não se pode perder de vista que a culpabilidade, como elemento analítico do crime, é analisada pelo juiz para proferir o decreto condenatório, de sorte que, diante da incidência de alguma causa que a exclua, a sentença será absolutória, ainda que imprópria, como no caso da aplicação de medida de segurança na hipótese do artigo 26, *caput*, do Código Penal.

Assim, a imputabilidade, a potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa (componentes da culpabilidade) são aferidas pelo juiz na análise de um dos extratos do crime e, por consequência, para lastrear a condenação.

Posteriormente, na fixação da pena, o julgador irá se deparar novamente com a culpabilidade. Porém, nesse momento, para que não ocorra o odioso *bis in idem*, não irá repetir o mesmo juízo da culpabilidade que fundamenta a condenação. Considera-se nessa fase o *grau* de culpabilidade (juízo quantitativo), tendo em mente que restou para trás o juízo qualitativo da culpabilidade.

Da mesma forma que não se deve confundir os elementos do tipo com o seu

alcance, não pode haver confusão entre culpabilidade com o seu alcance ou grau de presença. Nas precisas colocações de Mezger sobre o tema:

El grado de la antijuridicidad y de la culpabilidad del hecho en su significación para la determinación de la pena en el caso particular. El injusto y la culpabilidad del hecho son "conceptos graduales" {Lehrb., 499}. Esto quiere decir que no existen solamente "la" antijuridicidad ("el" injusto) y "la" culpabilidad del hecho particular, sino toda una gradación de tal lesión jurídica y de tal culpabilidad. Este grado encuentra expresión en los distintos hechos punibles concretos. La pena debe ajustarse, en el caso particular, a esa gradación de la lesión jurídica y a la culpabilidad en el hecho particular.²³⁵

Nessa linha de raciocínio, assinala Paulo Queiroz:

Superada a análise da culpabilidade enquanto pressuposto da condenação (juízo qualitativo de culpabilidade), o juiz agora tomará em consideração para efeito de aferição do grau de culpa do réu (juízo quantitativo), vale dizer, a consideração para fixar uma reprimenda compatível com o grau (máximo, médio ou mínimo) de reprovabilidade.²³⁶

Na mesma ótica, Juarez Cirino dos Santos, após ressaltar a diferença entre juízo qualitativo e juízo quantitativo de culpabilidade, esclarece que são os seguintes parâmetros a serem observados na análise desta: a) graduação do nível de consciência do injusto no psiquismo do autor; b) grau de exigibilidade de comportamento diverso de autor consciente de tipo de injusto.²³⁷ Ou seja, verifica-se o *grau* da capacidade de entendimento da ilicitude do fato e o *grau* de autodeterminação.

Apesar da inequívoca diferença das noções de culpabilidade, frequentemente se verifica confusão entre juízo qualitativo (culpabilidade como elemento do crime) e juízo quantitativo (culpabilidade como circunstância judicial) na prática forense, o que enseja a nulidade ou reforma de inúmeras sentenças ou acórdãos. Vejamos:

(...) 2. Manifesto constrangimento, contudo, decorrente da ilegalidade da majoração da pena-base pela culpabilidade considerada "incisiva", sob o fundamento de que o recorrente era "plenamente imputável, cômico da reprovabilidade de sua conduta, sendo que outra lhe era exigida", pressupostos do elemento subjetivo do crime. 3. Concessão de habeas corpus de ofício, para que o Tribunal a quo proceda a nova fixação da pena,

²³⁵ MEZGER, Edmund. *Derecho Penal: parte general*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica da Argentina, 1958, p. 384.

²³⁶ QUEIROZ, Paulo. *Direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 377.

²³⁷ SANTOS, Juarez Cirino. *Direito penal: parte geral*. Curitiba: Lumen Juris, 2007, p. 562.

reduzindo-a, como entender de direito.²³⁸

(...) 2. A imputabilidade, a exigibilidade de conduta diversa e o potencial conhecimento da ilicitude constituem pressupostos da culpabilidade como elemento integrante do conceito analítico do crime, ao passo que a "culpabilidade" prevista no art. 59 do Código Penal diz respeito ao grau de reprovabilidade da conduta do agente, esta, sim, a ser valorada no momento da fixação da pena-base. 3. Na hipótese, o juiz de primeiro grau teve por "considerável" a culpabilidade do paciente com amparo nos mencionados aspectos inerentes à própria compleição analítica do delito, o que não admite a jurisprudência desta Casa. (...).²³⁹

Ou seja, é um grande erro se afirmar, na dosimetria da pena, que o agente agiu com culpabilidade por ter consciência da ilicitude do fato. Isso porque, essa concepção de culpabilidade funciona como "*fundamento da pena*, isto é, como característica negativa da conduta proibida, e já deve ter sido objeto de análise juntamente com a tipicidade e antijuridicidade, concluindo-se pela condenação".²⁴⁰

Com efeito, não se pode confundir a 'existência' da culpabilidade com o seu 'grau'. Da mesma forma, o próprio elemento da culpabilidade, por exemplo, "potencial conhecimento da ilicitude do fato", se refere a um juízo qualitativo. Situação diversa é aferir o *nível* de consciência da ilicitude, que dá na culpabilidade como medida da pena (juízo quantitativo).

Traçadas as premissas acima, podemos dizer que a culpabilidade, como circunstância judicial, trata-se do juízo de censurabilidade que recai sobre o fato típico e ilícito realizado pelo agente, operando como limite da pena.

No entendimento de Bitencourt, examina-se a maior ou menor censurabilidade do comportamento do agente ou da reprovabilidade da conduta praticada, sem se esquecer da realidade concreta, em especial da maior ou menor exigibilidade de conduta diversa.²⁴¹

No escólio de Luiz Regis Prado, a "culpabilidade corresponde à censurabilidade pessoal da conduta típica e ilícita, funcionando aqui como limite

²³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 427339, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, julgado em 05/04/2005, DJ 27/05/2005 p. 21, ementa vol. 2193-03, p. 578.

²³⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 123265/MG, Rel. Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, julgado em 24/11/2009, DJe 14/12/2009.

²⁴⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 664.

²⁴¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 664.

máximo da pena".²⁴²

Na concepção de Delmanto:

Deve aferir-se o maior ou menor índice de *reprovabilidade* do agente pelo fato criminoso praticado, não só em razão de suas condições pessoais, como também em vista da situação de fato em que ocorreu a indigitada prática delituosa, sempre levando em conta a conduta que era exigível do agente, na situação em que o fato ocorreu.²⁴³

Na visão da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, a culpabilidade é "reprovação social que o crime e o seu autor merecem pela conduta criminosa, na forma como cometida".²⁴⁴

Na verdade, a culpabilidade, da forma como constante no artigo 59 do Código Penal, foi reduzida a uma mera circunstância judicial, ao lado de outras sete.

De forma distinta, no Código Penal alemão a culpabilidade possui um alcance maior, no sentido de orientar a aplicação da pena. Acentuam Jescheck-Weigend que a culpabilidade é a base da individualização da pena, merecendo importância todos os elementos do injusto da ação, como os meios de execução e os componentes subjetivos (móveis e objetivos do autor), as consequências do fato, bem como a culpabilidade em sentido estrito, cujo âmbito importa a motivabilidade do autor e a exigibilidade do comportamento adequado à norma.²⁴⁵

Para Maurach-Gössel-Zipf, o conceito de culpabilidade relativo à determinação judicial da pena não é idêntico ao conceito de culpabilidade da teoria do crime. Os fundamentos da medição judicial da pena são a gravidade do fato em seu significado para o ordenamento jurídico violado e o grau de culpabilidade pessoal do autor.²⁴⁶

Segundo Nucci, aproximando-se com a noção do Código alemão, a

²⁴² PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.494.

²⁴³ DELMANTO, Celso et al. *Código Penal comentado*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 273.

²⁴⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 217.396/MS, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 28/08/2012, DJe 04/09/2012.

²⁴⁵ JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal: parte general*. Granada: Comares, 2002, p. 956.

²⁴⁶ MAURACH, Reinhart; GÖSSEL, Kral Heinz; ZIPF Heinz. *Derecho penal. Parte general 2*. Buenos Aires: Astrea, 1995, p. 724.

culpabilidade é o conjunto de todas as demais circunstâncias judiciais (antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos do crime, circunstâncias do delito, consequências do crime e comportamento da vítima), cujo resultado corresponderá a uma culpabilidade maior ou menor, conforme o caso.²⁴⁷

Nas palavras de Ruy Rosado, na análise da culpabilidade não se leva em consideração a gravidade da infração, já inserida no marco punitivo legal, mas sim as circunstâncias que tornam mais ou menos reprovável a conduta do agente. Considera-se que “o crime representa uma quebra na expectativa de que o agente atenderia ao princípio ético vigorante na comunidade assim como expresso na lei; seu ato será tanto mais censurável quanto maior a frustração”. O juiz deverá ponderar dos motivos e fins do delito, assim como as condições pessoais do agente.²⁴⁸

Discordamos da visão de Nucci e Rosado, pois a culpabilidade prevista como circunstância judicial possui um significado restrito, relacionado aos elementos da culpabilidade da teoria do delito. Ademais, essa visão, a nosso sentir, mistura o conteúdo da culpabilidade com as demais circunstâncias judiciais, ensejando *bis in idem*.

A culpabilidade é uma só, mas analisada em dimensões distintas. A primeira refere-se ao seu reconhecimento (ausência de excludentes) e a segunda a sua intensidade. Nesta última se tratará da graduação do nível de consciência do injusto no psiquismo do agente e do grau de exigibilidade do comportamento diverso de autor consciente de tipo de injusto.²⁴⁹

1.2 Intensidade de dolo ou grau de culpa

A circunstância judicial culpabilidade não era prevista antes da reforma penal de 1984. Sua introdução veio a substituir o critério “intensidade do dolo ou grau de culpa”. Diante desse cenário, discute-se se esses critérios ainda poderão ser levados em consideração na fixação da pena-base.

²⁴⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 152.

²⁴⁸ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. *Aplicação da pena*. 5. Ed. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2013, p. 69.

²⁴⁹ SANTOS, Juarez Cirino. *Direito penal: parte geral*. Curitiba: Lumen Juris, 2007, p. 562.

Para Nucci, não se pode desprezá-los, mas, para tanto, esses dados devem ser verificados no campo da personalidade do agente ou da motivação.²⁵⁰ De acordo com Bitencourt, maior será a censura quanto maior for a intensidade do dolo.²⁵¹

Nas lições de Luiz Flávio Gomes e Antonio Molina, o juiz deve observar “a posição do agente frente ao bem jurídico violado: (a) de menosprezo total (que se dá no dolo direto); (b) de indiferença (que ocorre no dolo eventual) e de (c) descuido (que está presente nos crimes culposos)”.²⁵²

No que tange à *intensidade do dolo*, a Quinta e a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça já admitiram a sua utilização como critério para aferição da culpabilidade:

1. Em relação à culpabilidade, o magistrado singular se limitou a afirmar que "o réu agiu de forma absolutamente censurável, sem se intimidar com o mal que poderia causar à vítima com a sua conduta de passar a arma ao executor dos disparos." 2. Na exasperação da pena-base com fundamento na culpabilidade, para a demonstração de maior ou menor censurabilidade da conduta, deve o magistrado enfatizar a realidade concreta em que esta ocorreu, bem como a intensidade do dolo do agente, o que, no caso dos autos, não ocorreu.(...).²⁵³

(...) 2. Todavia, in casu, a valoração negativa das circunstâncias judiciais referentes à culpabilidade e às consequências do delito foi devidamente fundamentada na intensidade do dolo e no modus operandi, consideradas as circunstâncias e peculiaridades do caso concreto, o que autoriza a fixação da pena-base acima do mínimo legal. (...).²⁵⁴

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, já decidiu que “A culpabilidade deve ser analisada em sua intensidade quando se trata de verificar a profundidade e extensão do dolo, segundo autoriza o caput do art. 59 do Código Penal”.²⁵⁵

²⁵⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 174.

²⁵¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 664.

²⁵² GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de. *Direito Penal: parte geral*. V. 2. Revista dos Tribunais, 2009, p. 514.

²⁵³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 171.395/RS, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 15/12/2011, DJe 01/02/2012.

²⁵⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 173.920/MT, Relator Ministro Adilson Vieira Macabu (Desembargador Convocado do TJ/RJ), Quinta Turma, julgado em 17/05/2012, DJe 21/06/2012.

²⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 100902, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, julgado em 09/03/2010, DJe-055, divulgado em 25/03/2010, publicado em 26/03/2010, ementa vol. 2395-03, p. 822.

Em sentido contrário, sustenta-se que a intensidade de dolo não pode ser aferida na culpabilidade. Como o dolo integra o tipo penal, seria um erro efetuar novamente a sua análise no momento da aplicação da pena, até porque ocorreria *bis in idem*. A Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça já decidiu desse modo:

(...) 2. A valoração negativa da culpabilidade não se mostra idônea, porque o fato de o paciente ter tido intenso dolo no momento da prática do crime não serve para elevar a pena-base como circunstância judicial do art. 59 do Código Penal, por se referir à própria tipicidade do delito.²⁵⁶

Na doutrina alemã, acentuam Jescheck-Weigend que a culpabilidade é concebida de forma mais ampla no âmbito da determinação da pena em relação à culpabilidade da teoria do delito, devendo nela ser considerados, dentre outros fatores, os elementos do *componente subjetivo do injusto da ação*, consistentes nos móveis e objetivos do autor, como, por exemplo, se agiu dolosa ou culposamente.²⁵⁷

Com essa divergência se nota a confusão entre injusto, aqui considerado fato típico e ilícito, e o seu alcance ou *grau* do injusto. É indiscutível a colocação do dolo no âmbito da tipicidade, mas isso não afasta, no dimensionamento da pena concreta, a análise do seu grau ou intensidade.

Com efeito, não se deve confundir a análise do elemento subjetivo da ação, que integra o tipo, com o seu alcance ou o modo que se manifesta no caso concreto. O nível volitivo, distinto no dolo eventual e direto, pode muito bem ser considerado na medição judicial da pena.

Porém, é patente a vagueza e a ausência de indicação pela doutrina e jurisprudência de quais parâmetros e critérios o juiz deverá seguir no dimensionamento da pena na análise do grau do dolo e culpa.

Conforme já mencionado, a pena mínima cominada corresponde ao menor valor que o julgador poderá aplicar a reprimenda no caso concreto sem desprezar a dignidade e a lesividade do bem jurídico. Trata-se de uma garantia que a pena será proporcional à lesividade do interesse protegido.

²⁵⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 161389/PE, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 17/06/2010, DJe 02/08/2010.

²⁵⁷ JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal: parte general*. Granada: Comares, 2002, p. 956.

Nessa perspectiva, para os crimes dolosos tem-se o dolo eventual como menor nível de reprovabilidade da conduta, em razão de o agente não perseguir a realização dos elementos da figura típica, mas sim assumir o risco de realizá-los.

Portanto, a reprovabilidade é menor em relação ao dolo direto, em que o agente quer a realização dos elementos do tipo. Desse modo, como a pena mínima é o menor grau de tutela aceitável, deve-se partir do pressuposto que, em regra, a sua tutela se dá aos crimes praticados com dolo eventual. Na hipótese de dolo direto deverá haver uma elevação da pena em razão da maior reprovabilidade da conduta.

Nessa ótica, dispõe o art. 20 do Projeto de Lei do Senado nº 236/12 que *“O juiz, considerando as circunstâncias, poderá reduzir a pena até um sexto, quando o fato for praticado com dolo eventual”*. Com essa norma, fica evidenciada a possibilidade de dimensionar a pena diferenciando o dolo eventual do direto, porém não mais na fixação da pena-base na análise das circunstâncias judiciais, mas sim na terceira fase, como causa especial de diminuição.

Correta, a nosso sentir, a proposta legislativa ao permitir a análise, no caso concreto, se a reprovabilidade foi menor em razão do dolo eventual. Ademais, como a pena mínima cominada é o mínimo de tutela aceitável, haveria desproporcionalidade, desigualdade e violação ao princípio da culpabilidade se a dois crimes, um praticado com dolo direto e outro com dolo eventual, fosse aplicada, por ausência de outras circunstâncias, a pena em seu patamar mínimo.

Para evitar essa incoerência acertou a proposta de alteração legislativa ao estabelecer uma minorante na hipótese de dolo eventual, além do que forçará reflexões doutrinárias sobre a diferença entre a existência do elemento do tipo (dolo), a ser considerado no âmbito da tipicidade, e o seu alcance ou intensidade (direto ou eventual), aferido na determinação judicial da pena.

No que tange ao crime culposos, a questão é mais tormentosa, pois existem posições antagônicas sobre qual das espécies de culpa – consciente ou inconsciente - é mais grave. Uma corrente entende que a culpa consciente é sempre mais grave, ou pode ser mais grave no caso concreto, já que o agente prevê o resultado, embora espere que ele não ocorra. Outros entendem que não é útil essa

distinção de culpa para afetar a culpabilidade, mas somente para distinguir do dolo eventual.²⁵⁸

Para Tavares, se a lesão à norma de cuidado for menor, terá repercussão na culpabilidade, podendo excluí-la na hipótese de culpa inconsciente. Se for maior, não significa elevação da pena, mas sim na limitação da culpabilidade.²⁵⁹

De outra ponta, a culpa temerária, correspondente à antiga *culpa lata* latina ou à imprudência grave espanhola, revela um tipo de culpa em nível mais elevado em sua análise típica, o que reflete ainda na aferição da culpabilidade²⁶⁰, de modo a afetar a quantidade da pena.

1.3 Considerações finais

Verifica-se a árdua tarefa do julgador em aferir a circunstância judicial culpabilidade. A dificuldade se mostra não apenas pelo aspecto prático, mas principalmente pela dificuldade jurídica de se estabelecer qual o próprio conteúdo dessa concepção de culpabilidade.

É de se pontuar que a culpabilidade não se trata realmente de uma simples circunstância judicial como as demais, porquanto sua imbricação com o conceito analítico de crime a torna complexa. Também adverte Juarez Cirino dos Santos:

Esse conceito de *culpabilidade* constitui, em conjunto com o conceito de *tipo de injusto*, o conceito de *fato punível* – e, por essa razão, não é redutível a simples *circunstância judicial*, equivalente a outros elementos informadores da *pena-base*, como os *antecedentes*, a *conduta social*, a *personalidade* e os *motivos* do autor, ou como *circunstâncias* ou *consequências* do fato, ou, ainda, como o *comportamento da vítima*, de valor evidentemente inferior.²⁶¹

Por isso deve o juiz ficar atento que a culpabilidade, em sua vertente de limite da pena, possui como parâmetro o *grau* da culpabilidade (juízo quantitativo) e não a própria culpabilidade (juízo qualitativo).

Assim, o termo culpabilidade expresso no art. 59 do Código Penal não é

²⁵⁸ TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 418.

²⁵⁹ TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 418, p. 422.

²⁶⁰ SANTANA, Selma Pereira. *A culpa temerária: contributo para uma construção no direito penal brasileiro*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005, p. 233.

²⁶¹ SANTOS, Juarez Cirino. *Direito penal: parte geral*. Curitiba: Lumen Juris, 2007, p. 562-563.

outra culpabilidade senão a já reconhecida, porém necessita de *graduação* para projetar equivalente quantidade de pena-base.²⁶²

Para ilustrar essa colocação, imaginemos uma pessoa que pratique um fato típico e ilícito. Na sequência, consideremos as três variantes que seguem:

1) o agente atua sem a consciência da ilicitude do fato, quando não lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir essa consciência (erro de proibição inevitável);

2) o agente atua sem a consciência da ilicitude do fato, quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir essa consciência (erro de proibição evitável);

3) o agente atua sem a consciência da ilicitude do fato, quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir essa consciência (imaginemos a revogação do art. 21, parágrafo único, do Código Penal);

Na variante 1 (um) não haveria condenação, pois no juízo qualitativo não se afirmaria a culpabilidade como elemento analítico do crime, tendo em vista o erro de proibição inevitável (art. 21 do Código Penal), ao passo que na variante 2 (dois) o juízo seria positivo e, assim, condenação. Na aplicação da pena, em razão do *menor grau* de culpabilidade, o juiz iria reconhecer uma causa especial de diminuição na terceira fase. Na variante 3 (três), mesmo se revogado o dispositivo que trata do erro de proibição evitável (art. 21, parágrafo único, do Código Penal), poderia o juiz considerar o *menor grau* de consciência da ilicitude do fato na determinação da pena; porém, não mais como causa de diminuição, mas sim como *culpabilidade reduzida*.

Não se trata de uma situação que exclua a culpabilidade, de modo que não se afasta a culpabilidade como elemento do crime, mas sim a afirma. Porém, possui menor reprovabilidade o agente que pratica o fato típico e ilícito sem possuir a consciência da ilicitude, embora, nas circunstâncias, tivesse a possibilidade de

²⁶² BOSCHI, José Antônio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 190.

atingi-la.

Com isso, malgrado seja espinhosa a tarefa do juiz na apreciação da culpabilidade, o parâmetro a seguir é o *grau* da consciência da ilicitude e o *grau* da exigibilidade de conduta diversa.

Entretanto, deve o juiz ficar atento para evitar a dupla valoração do mesmo fator ou situação concreta para a mesma finalidade, como ocorreria, por exemplo, ao justificar que a culpabilidade é reduzida pela menor capacidade de autodeterminação do agente em razão da pressão sofrida e, ao mesmo tempo, reconhecer a circunstância atenuante “coação resistível”. Nesse caso, a mesma situação concreta (coação) seria valorada simultaneamente como circunstância judicial “culpabilidade diminuída” (primeira fase) e “circunstância atenuante” (segunda fase), pois a dupla valoração atingiria o mesmo fim, qual seja, a menor reprovação pela redução do grau de capacidade de autodeterminação.

Da mesma forma, seria inadmissível utilizar a mesma situação fática (ausência de conhecimento da ilicitude do fato) para valorá-la simultaneamente como circunstância judicial “culpabilidade diminuída” (primeira fase) e “causa de diminuição de pena” (terceira fase). Neste caso, a dupla valoração visaria a menor reprovação pela redução do grau de capacidade de entendimento da ilicitude do fato.

De qualquer modo, com tantas divergências e dificuldades de aproximação conceitual, aumenta a discricionariedade judicial no espaço legal do dimensionamento da pena, ensejando maior grau de insegurança em seu sistema de determinação.

2 ANTECEDENTES

2.1 Definição

Na fixação da pena deve o juiz considerar os antecedentes criminais do agente, ou seja, os crimes anteriormente praticados pelo condenado. A prova é

realizada por um documento público geralmente denominado “certidão de antecedentes criminais”.

Para fins de antecedentes só podem ser considerados os fatos delituosos cometidos antes do crime. A referência é a data do delito (tempo do crime) para o qual está sendo aplicada a pena e não a data da sentença. Se posteriormente ao delito forem praticados outros, não poderão ser considerados como antecedentes.

Os fatos anteriores não relacionados a crimes, como comportamentos sociais desajustados, podem ser aquilatados também na fixação da pena-base, mas no tópico conduta social. Como afirma Alberto Silva Franco:

o conceito de antecedentes veio a ter um relativo esvaziamento, destinando-se agora não mais a expressar um quadro referencial abrangente (comportamento social, inclinação ao trabalho, relacionamento familiar etc. do agente), mas apenas um quadro menor referente à existência ou não, no momento da consumação do fato delituoso, de precedentes judiciais.²⁶³

Assim, a *vida anteacta* do agente a interessar como antecedentes tem sentido estrito, abrangendo somente seu passado criminoso.

2.2 Antecedentes e reincidência

Pode ocorrer que a condenação pela prática de um crime anterior gere reincidência²⁶⁴ e, como tal, será considerada na segunda fase como circunstância agravante (art. 61, I, do Código Penal).

Ou seja, somente serão considerados como antecedentes se a condenação anterior não for utilizada como circunstância agravante “reincidência”, sob pena de ocorrer *bis in idem*.

É defeso ao juiz realizar dupla valoração de um mesmo fato criminoso anterior, sendo a primeira aferida como circunstância judicial (antecedentes) e outra considerada circunstância agravante (reincidência). Essa matéria é objeto do

²⁶³ FRANCO, Alberto Silva, et al. *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*. Vol. I, T. 1. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 884.

²⁶⁴ BRASIL. Código Penal. “Art. 63. Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior.” Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm> Acesso em: 01 jan. 2013.

enunciado da Súmula 241 do Superior Tribunal de Justiça: “A reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial”.

Entretanto, havendo mais de uma condenação, nada impede que uma seja utilizada como antecedente na fixação da pena-base e outra como circunstância agravante. Assim já decidiram os Tribunais Superiores:

HABEAS CORPUS. DOSIMETRIA DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. REINCIDÊNCIA. MAUS ANTECEDENTES. FATOS DISTINTOS ENSEJADORES DE CONDENAÇÕES TRANSITADAS EM JULGADO. AUSÊNCIA DE BIS IN IDEM. ORDEM DENEGADA. 1. O tema do agravamento da pena pela reincidência está com repercussão geral reconhecida no RE 591.563, da relatoria do ministro Cezar Peluso. Da mesma forma, a questão da valoração de processos criminais em andamento como “maus antecedentes” também está com a repercussão geral reconhecida no RE 591.094, da relatoria do ministro Marco Aurélio. O que não impede o exame da tese da impetração. 2. Configura dupla e indevida valoração da mesma circunstância o agravamento da pena pela reincidência e por maus antecedentes sempre que os fatos ensejadores destes juízos sejam os mesmos. 3. No caso, o paciente tem contra si diversos (e distintos) títulos condenatórios transitados em julgado. Onde não se falar em dupla valoração da mesma condenação (e, portanto, do mesmo fato) como maus antecedentes e como reincidência. Precedentes. 4. Ordem denegada”.²⁶⁵

É permitido ao julgador utilizar-se de uma condenação anterior do acusado para exasperar a pena, em um primeiro momento, considerando como desfavorável circunstância judicial e, num segundo, considerando outra condenação anterior, fazer incidir a agravante da reincidência, não existindo, pois, afronta ao princípio ne bis in idem.²⁶⁶

Isso porque, adotado o sistema trifásico e criada a diferença entre circunstâncias judiciais e legais, é permitido ao juiz valorar a *vida anteaecta* criminosa do agente tanto na primeira fase (antecedentes) como na segunda (reincidência) sem que se possa incorrer no odioso *bis in idem*.

2.3 Sistema da perpetuidade

O Código Penal adotou o sistema da temporariedade para a reincidência, conforme disposto no art. 64, I,²⁶⁷ mas silenciou-se em relação aos antecedentes.

²⁶⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 96046, Relator Ministro Ayres Britto, Segunda Turma, julgado em 13/03/2012, Acórdão Eletrônico DJe-084.

²⁶⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 158.218/SP, Relatora Ministra Maria Thereza De Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 04/09/2012, DJe 17/09/2012.

²⁶⁷ BRASIL. Código Penal. “Art. 64. Para efeito de reincidência: I - não prevalece a condenação

Como a legislação foi expressa somente em relação à reincidência, existe posição no sentido de que para fins de antecedentes o sistema adotado é o da perpetuidade.

A jurisprudência dos Tribunais Superiores permite que se leve em consideração na dosimetria penal para configuração dos maus antecedentes a condenação atingida pelo prazo previsto no art. 64, I, do Código Penal.

Isso significa que a sentença condenatória irrecorrível pelo crime anterior, depois de certo período, não será considerada para efeitos de reincidência, caso o agente venha a praticar novo crime, mas será para maus antecedentes, os quais serão valorados na primeira fase do processo dosimétrico como circunstância judicial desfavorável, de modo que os antecedentes são perpétuos. Nesse sentido:

Esta Corte tem orientação pacífica de que condenação criminal não considerada para efeito de reincidência - em razão de decurso de prazo previsto no artigo 64, I, do Código Penal - pode vir a sê-lo para efeito de maus antecedentes quando da análise das circunstâncias judiciais na dosimetria da pena.²⁶⁸

Não há qualquer reparo a ser efetuado na dosimetria da pena, se o Juízo sentenciante considera na fixação da pena condenações pretéritas, ainda que tenha transcorrido lapso temporal superior a 5 (cinco) anos entre o efetivo cumprimento das penas e a infração posterior, pois, embora não sejam aptas a gerar a reincidência, nos termos do art. 64, inciso I, do Código Penal, são passíveis de serem consideradas como maus antecedentes no sopesamento negativo das circunstâncias judiciais.²⁶⁹

Embora seja pacífico no Superior Tribunal de Justiça o posicionamento acima, em caso específico, por se mostrar desproporcional o empréstimo de relevo jurídico penal a um antecedente de longa data e por se tratar de crime anterior culposos, foi desconsiderado na dosimetria da pena. Vejamos:

1. Não há falar em flagrante ilegalidade se o Juízo sentenciante considera na fixação da pena condenações pretéritas, ainda que tenha transcorrido lapso temporal superior a 5 (cinco) anos entre o efetivo cumprimento das penas e a infração posterior, pois, embora não sejam aptas a gerar a

anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação.” Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm> Acesso em: 01 jan. 2013.

²⁶⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 98803, Relatora Ministra Ellen Gracie, Segunda Turma, julgado em 18/08/2009, DJe-171.

²⁶⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 113.627/SP, Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, julgado em 27/11/2012, DJe 04/12/2012.

reincidência, nos termos do art. 64, inciso I, do Código Penal, são passíveis de serem consideradas como maus antecedentes no sopesamento negativo das circunstâncias judiciais. 2. Na hipótese dos autos, ainda que condenações anteriores possam, em princípio, caracterizar os maus antecedentes do paciente, tenho que a peculiaridade de terem sido os delitos cometidos em sua forma culposa mostra-se suficiente para infirmar o entendimento consolidado nesta Corte, pois que a sua adoção no caso em exame afrontaria os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade na fixação da pena privativa de liberdade, com o aumento da pena do crime doloso por crime culposo cometido em passado distante.²⁷⁰

De outra ponta, ao debater sobre a temática, parte da doutrina penal advoga acerca da limitação temporal também dos antecedentes. Segundo Salo de Carvalho, os antecedentes representam um gravame penalógico eternizado, em afronta aos princípios constitucionais da racionalidade e da humanidade das penas.²⁷¹

Em lapidar abordagem sobre a proibição da prisão perpétua, e de inteira pertinência ao tema, Zaffaroni e Pierangeli assinalam que a consequência lógica da eliminação da pena de prisão perpétua é que não existam delitos que possam ter pena ou consequências penais perpétuas. Assim, se a pena não pode ser perpétua, também não pode ser a sua consequência, como o efeito da condenação para fim de reincidência.²⁷²

O mesmo raciocínio pode ser empregado para justificar o sistema da temporariedade aos antecedentes. Desse modo, forte corrente doutrinária²⁷³ sustenta a necessidade do emprego da analogia e, assim, da regra do art. 64, I, do Código Penal, como forma de criar a limitação temporal para os antecedentes. A seguir essa orientação, padroniza-se o sistema da temporariedade para a *vida anteacta* criminal. No Habeas Corpus nº 119200 o Supremo voltará a analisar o tema e poderá altear a sua posição.

Na verdade, as consequências da punição não podem persistir de modo

²⁷⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 198.557/MG, Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, julgado em 13/03/2012, DJe 16/04/2012.

²⁷¹ CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. *Aplicação da pena e garantismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 52.

²⁷² ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Enrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 786.

²⁷³ BOSCHI, José Antônio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 168; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 666; CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. *Aplicação da pena e garantismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 52.

perpétuo, sob pena de ofensa ao princípio da humanidade, “pois implicaria admitir a existência de uma *pessoa descartável*”.²⁷⁴

Mais uma vez, diante da omissão legislativa, ou pela interpretação de o sistema de determinação – em relação aos antecedentes - não se ajustar ao quadro valorativo constitucional, verifica-se que a simples indicação legal de certa circunstância não permite ao julgador a aplicação da pena adequada.

2.4 Inquéritos policiais e ações penais em andamento

Parcela da doutrina sustenta que inquéritos policiais e ações penais em andamento podem ser utilizados como antecedentes, bem como sentenças absolutórias e sentenças condenatórias atingidas pela prescrição da pretensão punitiva. Sobre os antecedentes, assinala Paulo José da Costa Júnior:

Serão assim considerados processos paralisados por superveniente extinção da punibilidade, inquéritos arquivados, condenações não transitadas em julgado, processos em curso, absolvições por falta de provas. De grande valia averiguar se se trata de criminoso habitual ou episódico, quando o delito pelo qual estiver sendo julgado for um fato isolado em sua vida precedente.²⁷⁵

Na mesma linha assevera Luiz Vicente Cernicchiaro:

O julgador, porque fato, não pode deixar de conhecer e considerar outros processos findos ou em curso, como antecedentes, partes da história do réu. Urge integrar a conduta ao *modus vivendi* anterior.²⁷⁶

O Supremo Tribunal Federal possui precedentes nesse sentido:

Inquéritos policiais e ações penais em andamento configuram, desde que devidamente fundamentados, maus antecedentes para efeito da fixação da pena-base, sem que, com isso, reste ofendido o princípio da presunção de não-culpabilidade.²⁷⁷

O simples fato de existirem ações penais ou mesmo inquéritos policiais em curso contra o paciente não induz, automaticamente, à conclusão de que este possui maus antecedentes. A análise do caso concreto pelo julgador

²⁷⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raul et al. *Direito penal brasileiro: primeiro volume*. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 233.

²⁷⁵ COSTA JÚNIOR, Paulo José. *Curso de direito penal*. V. 1. Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 164.

²⁷⁶ CERNICCHIARO, Luiz Vicente; COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Direito penal na constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 116.

²⁷⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento nº 604041, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, julgado em 03/08/2007, DJe-092, divulgado em 30/08/2007, publicado em 31/08/2007, DJ 31/08/2007, p. 30, ementa vol. 2287-07, p. 1455.

determinará se a existência de diversos procedimentos criminais autoriza o reconhecimento de maus antecedentes.²⁷⁸

Em posição diametralmente oposta, calcada na garantia constitucional da presunção da não culpabilidade (Constituição Federal, art. 5º, LVII)²⁷⁹, outro setor doutrinário sustenta a sua inadmissibilidade. Perfilham dessa orientação Juarez Cirino dos Santos²⁸⁰, José Antônio Paganella Boschi²⁸¹, Cezar Roberto Bitencourt²⁸², Rogério Greco²⁸³.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça fez coro nessa vertente, a ponto de se tornar matéria objeto de súmula (verbete nº 444): “É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base”. No Habeas Corpus nº 102968, o Ministro Gilmar Mendes bem salientou que:

o princípio da presunção da inocência tem a função dogmático-constitucional de impedir que o indivíduo sofra prejuízo em razão da existência de uma investigação ou de um processo criminal ainda não transitado em julgado.²⁸⁴

O Supremo Tribunal Federal também já encampou essa posição garantista em julgados recentes. A título de exemplo:

A mera sujeição de alguém a simples investigações policiais (arquivadas ou não) ou a perseguições criminais ainda em curso não basta, só por si - ante a inexistência, em tais situações, de condenação penal transitada em julgado -, para justificar o reconhecimento de que o réu não possui bons antecedentes. Somente a condenação penal transitada em julgado pode justificar a exacerbação da pena, pois, com o trânsito em julgado, descaracteriza-se a presunção “*juris tantum*” de inocência do réu, que passa, então, a ostentar o “*status*” jurídico-penal de condenado, com todas as conseqüências legais daí decorrentes. Precedentes. Doutrina. - A presunção constitucional de inocência no vigente ordenamento positivo brasileiro. A evolução histórica desse direito fundamental titularizado por qualquer pessoa, independentemente da natureza do crime pelo qual venha a ser condenada. O “*status quaestionis*” no direito internacional: proteção no âmbito regional e no plano global. Presunção de inocência: direito fundamental do indivíduo e limitação ao poder do Estado (ADPF 144/DF,

²⁷⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 84088, Relator Ministro Gilmar Mendes, Relator para Acórdão Ministro Joaquim Barbosa, Segunda Turma, julgado em 29/11/2005, DJ 20/04/2007.

²⁷⁹ “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

²⁸⁰ SANTOS, Juarez Cirino. *Direito penal: parte geral*. Curitiba: Lumen Juris, 2007, p. 563.

²⁸¹ BOSCHI, José Antônio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 168.

²⁸² BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 664.

²⁸³ GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Impetus, 2011, p. 554.

²⁸⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 102968, Relator Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 14/09/2010, DJe-211.

Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno, v.g.). Doutrina. Precedentes (STF).²⁸⁵

Certamente, um fato não objeto de sentença condenatória transitada em julgado considera-se ainda em situação processual indefinida e, como tal, sem legitimidade para ser considerado como antecedentes criminais.

É injustificável e sem qualquer idoneidade jurídica um cidadão ser submetido involuntariamente a inquérito policial ou a ação penal, e, mesmo sem ter ainda sofrido condenação irreversível, se ver atingido por seus efeitos, visto que haveria imposição indevida na sua esfera jurídica de uma situação reconhecida como desfavorável (maus antecedentes). A admitir essa intromissão ilegítima, a garantia constitucional da presunção da não culpabilidade seria cabalmente vulnerada.

Não se amolda na situação acima o caso em que o trânsito em julgado da condenação por fato anterior – que se está sendo considerado como antecedente - ocorreu no curso da ação a que responde o agente. Nessa linha é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

Condenações por fatos anteriores ao apurado na ação penal de que se cuida, ainda que com trânsito em julgado posterior, não servem para caracterizar a agravante da reincidência, podendo, contudo, fundamentar a exasperação da pena-base como maus antecedentes.²⁸⁶

Isso porque, o juiz não mais encontrará o óbice intransponível da presunção da não culpabilidade, já que o agente foi condenado por sentença irreversível.

2.5 Atos infracionais pretéritos

Cabe indagar se os atos infracionais se revestem de suficiente idoneidade jurídica para justificar a exasperação da pena-base. Uma vertente sustenta a impossibilidade, tendo em vista que o agente era inimputável em razão da menoridade na época da ação e, como tal, não se encontrava ao alcance da norma penal e de quaisquer de seus efeitos, mas sim da legislação específica, de sorte que

²⁸⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 97665, Relator Ministro Celso De Mello, Segunda Turma, julgado em 04/05/2010, DJe-119.

²⁸⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 87.487/SP, Relator Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, julgado em 02/08/2012, DJe 13/08/2012.

seria ilegítima a elevação da reprimenda a título de maus antecedentes criminais. A Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça já decidiu nesse sentido:

A prática pelo réu de ato infracional pretérito não pode ensejar a exasperação de sua pena-base, por não se enquadrar em qualquer das circunstâncias judiciais a que se refere o art. 59 do Código Penal.²⁸⁷

Outra corrente, apesar de também negar a possibilidade de considerar os atos infracionais como antecedentes, os admitem na exacerbação da pena-base, mas na aquilatação da personalidade, conforme se observa no julgado proferido pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça:

1. O julgador deve, ao individualizar a pena, examinar com acuidade os elementos que dizem respeito ao fato, para aplicar, de forma justa e fundamentada, a que seja necessária e suficiente. 2. Embora o envolvimento anterior em atos infracionais não possa ser considerado como maus antecedentes, pode ser valorado como personalidade desfavorável, o que é suficiente para justificar o aumento de pena procedido na primeira etapa da dosimetria.²⁸⁸

A nosso sentir, se devidamente fundamentando o ato judicial na necessidade preventiva, é possível a aferição dos atos infracionais anteriormente praticados na fixação da pena-base, mas a título de conduta social desfavorável.

2.6 Antecedentes e Direito Penal do autor

Os antecedentes ou a reincidência revelam para um setor da doutrina maior grau de periculosidade do agente, acarretando, por conseguinte, em acréscimo de pena em delitos posteriores por questões de prevenção.

Surge, então, posição crítica quanto ao verdadeiro papel dos antecedentes na aplicação da pena. Sustenta-se que a sua análise, bem como da reincidência, afronta o princípio da secularização, demonstrando a ideia de culpabilidade de autor (Direito Penal do autor) em detrimento da culpabilidade de fato (Direito Penal do fato).

Assevera Salo de Carvalho:

²⁸⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 208.686/SP, Relatora Ministra Alderita Ramos De Oliveira (Desembargadora Convocada do TJ/PE), Sexta Turma, julgado em 11/09/2012, DJe 28/09/2012.

²⁸⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 169.755/DF, Relator Ministro Adilson Vieira Macabu (Desembargador Convocado do TJ/RJ), Quinta Turma, julgado em 02/08/2012, DJe 21/08/2012.

Se no juízo da culpabilidade, como vimos, já existe forte tendência em subverter o direito penal do fato em prol de um direito penal do autor, quando da avaliação dos antecedentes e da conduta social esta opção fica nítida. A eleição legal é fortalecida ainda mais pela obrigatoriedade de o magistrado valorar a personalidade do autor do fato.²⁸⁹

Essa situação não é exclusiva da legislação pátria. No Código Penal alemão, por exemplo, apesar da revogação do § 48, que previa a agravação da pena pela reincidência, continuou em vigor os “antecedentes do autor” e “circunstâncias pessoais e econômicas” (§ 46). Trata-se de um preceito que se interpreta com frequência como influenciado por elementos de Direito Penal de autor.²⁹⁰

Em defesa à ideia da legitimidade dos antecedentes como circunstância judicial, Boschi sustenta que o único modo de ‘individualizar’ a pena se dará com a consideração de todas as particularidades relacionadas ao fato e aos seus personagens, de modo que o Direito Penal concilia a igualdade e a diferença, evitando a padronização das sentenças.²⁹¹ É inegável o reconhecimento do princípio da igualdade e o respeito à diferença. Porém, isso não se pode traduzir em punição do agente pelo modo de vida, mas sim pelo fato em si e na medida de sua culpabilidade.

2.7 Síntese

A principal divergência doutrinária e jurisprudencial acerca dos antecedentes se refere à possibilidade da sua própria razão de existir, já que seria manifestação de Direito Penal de autor.

Lembremos que para essa compreensão de Direito Penal a pena se relaciona imediatamente à periculosidade do autor, de modo que a sua justificação não é a do fato, mas sim à culpabilidade pelo modo de vida.²⁹² O Direito Penal, considerado como de autor, passa a ser entendido como instrumento de prevenção especial e o delito tem apenas o interesse de manifestar determinada personalidade

²⁸⁹ CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. *Aplicação da pena e garantismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 53.

²⁹⁰ ROXIN, Claus. *Derecho Penal: parte general*. T. I. Madrid: Civitas, 1997, p. 187.

²⁹¹ BOSCHI, José Antônio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 168.

²⁹² JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal: parte general*. Granada: Comares, 2002, p. 58-59.

do agente.²⁹³

Por sua vez, ressalta Francisco de Assis Toledo²⁹⁴, a existência de correntes moderadas em prol de um Direito Penal do fato que possibilita ser considerado o seu autor. O tipo penal deve descrever um fato lesivo, mas, no dimensionamento da pena, condições ou qualidades do autor podem ser consideradas, como a personalidade e os antecedentes criminais.

Ou seja, a legítima divergência sobre o tema conduz à quebra de precisão do sistema de pena, já que aumenta a discricionariedade judicial no espaço legal.

3 CONDUTA SOCIAL

A circunstância judicial conduta social se refere aos papéis desempenhados pelo agente na sociedade. Ou seja, seu relacionamento na família, no trabalho, nas atividades de lazer, filantrópicas, comunitárias etc. Pode-se dizer que são os antecedentes sociais do agente.

O juiz deve ter sensibilidade na aferição da conduta social e levar em consideração a realidade na qual o agente está inserido. Por isso, o Superior Tribunal de Justiça tem decidido que:

O fato de o réu não trabalhar, por si só, não evidencia a negatividade da circunstância judicial da conduta social, tendo em vista que a falta de emprego, diante da realidade social brasileira, é infortúnio e não algo tencionado.²⁹⁵

Nesse tópico não deve o julgador analisar o comportamento relacionado a crimes anteriores, tendo em vista a circunstância judicial específica “antecedentes”. Assim, é possível que uma pessoa seja portadora de antecedentes criminais e tenha excelente conduta social perante a família, trabalho, sindicato.

²⁹³ STRATENWERTH, Gunther. *Derecho penal. Parte general I: el hecho punible*. Buenos Aires: Hammurabi, 2008, p. 76.

²⁹⁴ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 251.

²⁹⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 161804/MS, Relator Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 01/06/2010, DJe 28/06/2010.

Ademais, não se reveste de legitimidade jurídica a hipótese de que inquéritos policiais e ações penais em andamento sejam desconsiderados como maus antecedentes, em observância ao princípio da não-culpabilidade, e aferidos como conduta social desfavorável. O referido princípio seria violado da mesma forma, não sob a ótica dos antecedentes, mas sim da conduta social.

Nesse prisma, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 444 com o seguinte enunciado: “É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base”. Vejamos a jurisprudência:

1. Esta Corte Superior de Justiça firmou posição no sentido de que inquéritos policiais e ações penais em curso não podem ser utilizados como maus antecedentes ou personalidade desajustada para a exasperação da pena-base, sob pena de violação ao Princípio da Presunção de Inocência. Inteligência da Súmula de n.º 444 do STJ. 2. A conduta social é circunstância judicial que investiga o comportamento social/comunitário do réu, excluído o seu histórico criminal, o qual deve ser avaliado no critério relativo aos antecedentes do agente.²⁹⁶

O Supremo Tribunal Federal já decidiu nesse sentido: “(...) Na análise da conduta social, não poderia ter sido considerado como desfavorável o fato de responder o Paciente a uma ação penal sem trânsito em julgado”.²⁹⁷

Desse modo, uma vez afastados os comportamentos anteriores relacionados com as atividades criminosas, que devem ser analisados como antecedentes criminais ou como reincidência, deve o juiz perceber a perspectiva de vida do condenado e analisar a sua conduta social, respeitando a sua dignidade.

Por outro lado, se adotada a vertente sobre a determinação da pena voltada à proporcionalidade do fato, a conduta social não poderia ser considerada na reprimenda, já que não guardaria nenhuma relação com o crime. Isto significa que a condução de vida do agente como critério de fixação da sanção somente encontra legitimidade nas concepções preventivas da pena, mormente na prevenção especial, ou por questões político-criminais.

Conforme corrente doutrinária, essa circunstância judicial aproxima-se do

²⁹⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 186.722/RJ, Relatora Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 27/11/2012, DJe 05/12/2012.

²⁹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso em Habeas Corpus nº 99293, Relatora Ministra Cármen Lúcia, Primeira Turma, julgado em 31/08/2010, DJe-024, divulgado em 04/02/2011, publicado em 07/02/2011, ementa vol. 2458-01, p. 42, LEXSTF v. 33, n. 388, 2011, p. 262-277.

Direito Penal de autor. A doutrina alemã não deixa passar em branco essa observação ao tratar do § 46 do seu Código Penal, que dispõe, entre outros fatores, que o juiz levará em consideração a vida prévia do autor. Roxin salienta que esse preceito é interpretado com frequência no sentido de ser influenciado por elementos de Direito Penal de autor.²⁹⁸

Enquanto nosso sistema de determinação de pena aceitar a função preventiva, será perfeitamente possível o reconhecimento da conduta social do agente. Não se pode olvidar, inclusive, que essa função pode ser extraída do próprio princípio da individualização da pena. Dentro do marco legal punitivo estabelecido pelo legislador deve-se aferir situações referentes ao agente. Isso não quer dizer que qualquer conduta social possa ser aferida para fins de fixação da pena, mas somente as que revelaram a maior ou menor necessidade preventiva.

4 PERSONALIDADE

Na visão de Bitencourt, “deve ser entendida como síntese das qualidades morais e sociais do indivíduo”.²⁹⁹ Luiz Regis Prado aduz que “é a índole, o caráter do indivíduo”.³⁰⁰ Na concepção de Aníbal Bruno, a personalidade é:

O complexo, porção herdada e porção adquirida, com o jogo de todas as forças que determina ou influenciam o comportamento humano. Não é demais observar que não se trata aí de um conceito jurídico ou de um ente ideal criado pelo Direito. A personalidade é uma realidade naturalista, cuja compreensão os dados antropológicos, em largo sentido, concorrem para esclarecer. Evidentemente não é preciso ser biologista ou antropólogo para entendê-la, tanto quanto é necessário para ter uma idéia suficiente do homem que praticou um crime.³⁰¹

No dizer de Paulo José da Costa Júnior:

Se revelar personalidade de acentuada indiferença afetiva, de analgesia moral, haverá exacerbação da reprimenda imposta. Se não revelar traços de agressividade, mostrando tratar-se de meliante que visa ao lucro sem

²⁹⁸ ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. T. I. Madrid: Civitas, 1997, p. 187.

²⁹⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 666.

³⁰⁰ PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 494.

³⁰¹ BRUNO, Aníbal. *Direito Penal: parte geral*. T. 3. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 154.

ostentar a brutalidade, ser-lhe-á concedido um tratamento mais benigno.³⁰²

Na verdade, apesar das colocações doutrinárias acima, o tema se encontra em terreno movediço, pois o legislador dispôs de uma circunstância que abre margem à grande discussão doutrinária, não somente no campo do direito, mas na área da psicologia e psiquiatria.

No prefácio da sua obra, Mario Rodrigues Louzã Neto e Táki Athanássios Cordás destacam a dificuldade conceitual sobre a personalidade:

O próprio conceito de personalidade é complexo e de difícil delimitação, como sugerem as numerosas e diversificadas propostas, com maior ou menor abrangência. Podemos caracterizar uma pessoa, segundo critérios muito particulares em termos qualificativos, a nosso bel-prazer ou seguindo teorias diversas, como afável ou rude, introvertida ou extrovertida, otimista ou pessimista, perseverante ou menos perseverante, com traços de neuroticismo ou psicoticismo, passiva ou agressiva e uma infinidade de outras categorias. Podemos pensar a personalidade como um estado variável, condicionado pelo momento existencial, ou um traço imutável, geneticamente determinado e fruto da interação social, utilizando abordagens categoriais ou dimensionais, entre outras formas de apreensão. Após tudo isso, uma pergunta razoável permanece: o que é anormal em um conceito cuja própria delimitação é tão nebulosa?³⁰³

Com efeito, se mesmo os profissionais específicos da área acadêmica afirmam a dificuldade conceitual, resta claro que os operadores do direito criminal, em regra, não possuem conhecimento e qualidades suficientes para avaliar a personalidade.

Por isso, verifica-se que a doutrina e a jurisprudência atribuem um conceito leigo à personalidade. O problema é que a ausência de conceito implicará certamente na nulidade da sentença por falta de fundamentação, em afronta ao princípio da motivação das decisões judiciais, ou quiçá, em sentença aparentemente motivada.

Essa temática é bem pontuada por Salo de Carvalho ao sustentar a impossibilidade da utilização da personalidade para exacerbar a pena-base. Partindo do sistema processual acusatório, e diante do princípio jurisdicional da refutabilidade das hipóteses - essência de um modelo que garante a ampla defesa e o

³⁰² COSTA JÚNIOR, Paulo José. *Curso de direito penal*. V. 1. Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 165.

³⁰³ LOUZÃ NETO, Mario Rodrigues et al. *Transtornos da personalidade*. Porto Alegre: Artmed, 2011.

contraditório -, defende o autor a inadmissibilidade de o juiz avaliar a personalidade do acusado sem demonstrar a base conceitual e metodológica que possibilitou a enunciação. Ainda assinala que o juízo sobre a personalidade é ilegítimo por assentar em valor estritamente moral sobre o 'ser' do acusado.³⁰⁴

Ou seja, abre o caminho para o juiz penetrar indevidamente no âmbito da interioridade da pessoa, afastando-se do Direito Penal do fato e aliando-se ao Direito Penal do autor, ao deixar de punir o indivíduo pelo que 'faz' e passando-se a puni-lo pelo que 'é'.

Outro problema que se verifica, ao estabelecer o legislador critérios relacionados ao autor, é a implicação forçosa que se opera na confusão entre as circunstâncias, o que pode ensejar dupla valoração de um mesmo dado. Pertinente, nesse ponto, o raciocínio desenvolvido por Valdir Sznick:

Há uma ligação entre personalidade e antecedentes, pois que estes, por seu número e a natureza da infração, permitem uma avaliação aproximada, denotando ser a personalidade voltada para a prática criminosa, e muitas vezes, conforme a natureza do crime, destituída de sensibilidade moral.³⁰⁵

Uma proposta para solução da permanência da personalidade na dosimetria da pena seria para considerá-la apenas como critério de abrandamento da pena. No dizer do Boschi:

A eventual 'deformação' da personalidade do réu oriunda de transtorno reconhecido longe de servir como fundamento para a exasperação da pena-base precisaria, isto sim, propiciar o abrandamento da censura penal, porque o transtorno afeta a liberdade moral e a capacidade do indivíduo de bem formular juízos críticos e de atentar para o dever de viver em harmonia consigo e com os outros, como recomenda a ética e determinam as normas jurídicas.³⁰⁶

Por seu turno, o Superior Tribunal de Justiça passou a ser mais rígido quanto à análise da personalidade, segundo se verifica do julgado abaixo:

Esta Corte de Justiça já se posicionou no sentido de que a personalidade do criminoso não pode ser valorada negativamente se não existirem, nos autos, elementos suficientes para sua efetiva e segura aferição pelo

³⁰⁴ CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. *Aplicação da pena e garantismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 53-61.

³⁰⁵ SZNICK, Valdir. *Princípios de defesa na constituição*. São Paulo: Iglu, 2002, p. 404.

³⁰⁶ BOSCHI, José Antônio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 176.

jugador.³⁰⁷

Mesmo assim, ainda se permite a sua utilização para exasperação da reprimenda.

Para manter harmonia com o princípio da igualdade, individualização da pena e da culpabilidade, a personalidade deve estar imbricada com o fato delituoso e não ser valorada conjuntamente com outra circunstância.

Na verdade, um dado relacionado à personalidade do agente, como uma perturbação da saúde mental que afetou a capacidade de compreensão da ilicitude do fato, pode reduzir a *culpabilidade* do agente, e, como tal, ser valorado positivamente na pena. Se inexistisse a previsão específica da personalidade como circunstância judicial, esse dado seria aferida na circunstância judicial “culpabilidade” (menor grau de capacidade de autodeterminação).

Por sua vez, dependendo da personalidade do agente, a demonstrar maior perspicácia e inteligência para certos delitos, também poderia afetar ao grau de capacidade de compreensão da ilicitude ou de autodeterminação, a ponto de justificar a exasperação da pena em razão da personalidade. Voltamos a dizer que, se inexistente essa circunstância, no caso o agente teria a culpabilidade (circunstância judicial) elevada em virtude da maior grau de capacidade de entendimento da ilicitude ou de autodeterminação.

5 MOTIVOS

O motivo é a causa inspiradora que move o agente a praticar o crime; o “antecedente psicológico do ato volitivo”³⁰⁸; a “fonte propulsora da vontade criminosa”.³⁰⁹ O motivo pode influir na pena-base dependendo da maior ou menor reprovabilidade (cobiça, amor, ódio, honra), eis que pode ser nobre ou não. Preleciona Vergara:

³⁰⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 221.419/RJ, Relatora Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 08/05/2012, DJe 21/05/2012.

³⁰⁸ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: a nova parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 338.

³⁰⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 667.

Os motivos determinantes da ação constituem toda a soma dos fatores que integram a personalidade humana e são suscitados por uma representação cuja idoneidade tem o poder de fazer convergir, para uma só direção dinâmica, todas as nossas forças psíquicas.³¹⁰

O motivo, além de significar razão de ser de algo, pode “representar tanto a causa do delito como a finalidade a ser atingida pelo agente”.³¹¹ O art. 75 do Projeto de Lei do Senado nº 236/12³¹² (Novo Código Penal) acrescenta expressamente os “fins” como circunstância judicial.³¹³

Se o motivo do crime constar especificamente no próprio tipo penal, como elementar, não poderá ser considerado para a exasperação da reprimenda na primeira fase. Nesse caso, o motivo específico já foi valorado pelo legislador no momento da cominação da pena abstrata, ou seja, foi devidamente considerado para elevar ou diminuir os limites da reprimenda. Se for novamente valorado pelo juiz na fixação da pena-base ocorreria *bis in idem*.

Entretanto, se a elementar referente ao motivo for genérica e permitir especificação ou mensuração no caso concreto, é possível ao juiz considerá-la na dosimetria da pena. É o que ocorre, em situação análoga, na causa de diminuição de pena descrita no art. 121, § 1º, do Código Penal, referente ao motivo de relevante valor moral ou social. O legislador apenas prevê o motivo de forma genérica, sem especificá-lo, de modo que o juiz, no caso concreto, irá mensurar a pena – o *quantum* da diminuição de 1/6 a 1/3 – de acordo com a relevância do valor moral ou social. Nesse sentido:

A escolha do quantum de redução de pena pelo privilégio deve se basear na relevância do valor moral ou social, na intensidade do domínio do réu pela violenta emoção, ou no grau da injusta provocação da vítima.³¹⁴

³¹⁰ VERGARA, Pedro. *Dos motivos determinantes no direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 563.

³¹¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 198.

³¹² <http://www.senado.gov.br/atividade/Comissoes/comissao.asp?origem=&com=1603>.

³¹³ BRASIL. Código Penal. “Art. 75. O juiz, atendendo à culpabilidade, aos motivos e fins, aos meios e modo de execução, às circunstâncias e consequências do crime, bem como a contribuição da vítima para o fato, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm> Acesso em: 01 jan. 2013.

³¹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 129.726/MG, Relator Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 26/04/2011, DJe 09/05/2011.

Com efeito, mesmo se no tipo constar de modo genérico o motivo, nada impede que o juiz, dentro do marco legal punitivo, o considere segundo seus critérios válidos de mensuração do caso concreto. O que se deve vedar é a dupla valoração do mesmo motivo em fases distintas, como, por exemplo, na análise da circunstância judicial, e, posteriormente, ao apreciar as agravantes ou atenuantes.

Também é comum perceber o argumento de que se o motivo integrar o tipo penal não pode ser mensurado na pena. No entanto, nem sempre o motivo integra o tipo penal, e, mesmo, assim, se nota o afastamento da circunstância.

É o que ocorre no crime de tráfico de drogas, em que o Superior Tribunal de Justiça firmou posição que o lucro fácil não é argumento legítimo para exasperar a pena-base pelo critério dos motivos, pois já integra o próprio tipo penal.³¹⁵

Na verdade, essa afirmação é falsa. Isso porque o tipo penal contém as seguintes elementares:

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, **ainda que gratuitamente**, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.” (SEM DESTAQUES NO ORIGINAL)

Observa-se a existência das elementares “ainda que gratuitamente”, de sorte que não é inerente ao crime de tráfico de drogas o lucro fácil. Afastada, assim, a premissa errônea afirmada na jurisprudência citada, deflui-se que o delito de tráfico de drogas pode ser praticado com ou sem fim de lucro. Entretanto, como o crime de tráfico de drogas é de ação múltipla ou de conteúdo variado, pode-se realmente aceitar a tese do Superior Tribunal de Justiça para as condutas “vender” e “expor a venda”, mas não necessariamente para as demais. Assim, se o juiz verificar que houve o fim de lucro, poderá perfeitamente levar em consideração na pena-base.

Da mesma forma, como já explicitado, as circunstâncias judiciais são residuais. Com efeito, se o motivo for utilizado como qualificadora ou privilégio,

³¹⁵ “A busca do lucro fácil é inerente ao tipo penal de tráfico de drogas, não se prestando a agravar os motivos do crime” (HC 135.189/MS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 13/09/2011, DJe 10/10/2011)

causa de aumento ou de diminuição, agravante ou atenuante, não poderá ser considerado circunstância judicial. Ex.: “A” é condenado por lesão corporal. O crime foi praticado por motivo fútil. Na aplicação da pena o motivo fútil será considerado na segunda fase (circunstância agravante – art. 61, II), de sorte que não poderá ser considerado na aferição da pena-base.

6 CIRCUNSTÂNCIAS

São os dados relacionados com a gravidade objetiva do delito, como o meio e modo de execução, o instrumento utilizado, o tempo e o local do crime. O juiz irá verificar tudo aquilo que rodeia o delito. Tal como mencionado nos “motivos”, só se pode aferir como circunstância do crime um dado que não esteja contido como elemento constitutivo do tipo penal.

Frise-se, entretanto, que não se deve confundir o elemento do tipo com a sua quantidade ou característica. Em alguns casos, sobre esses fatores haverá juízo valorativo, ou seja, incidência de maior ou menor censurabilidade da conduta. Exemplo: no crime de tráfico de drogas, na modalidade “transportar drogas sem autorização legal”, a droga em si é o próprio elemento. Porém, a quantidade e a natureza da droga poderão ser utilizadas como parâmetro para o juiz mensurar a maior ou menor reprovabilidade do fato. Vejamos o art. 42 da Lei nº 11.343/06:

O juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente.³¹⁶

Nesse ponto, Boschi critica a impropriedade técnica do legislador, em considerar como circunstância judicial uma elementar do tipo. Afirmar que a natureza da droga, por ser elementar, não pode ser ao mesmo tempo condição para um juízo de censura penal e fonte para maior exasperação da pena.³¹⁷

Entendemos que um dos maiores erros doutrinários no assunto sobre a

³¹⁶ BRASIL. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm> Acesso em: 01 jan. 2013.

³¹⁷ BOSCHI, José Antônio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 194.

aplicação da pena paira na confusão entre elementos do tipo e análise da valoração do grau de lesividade do bem jurídico ou da gravidade do fato.

Como já mencionado, a pena máxima cominada expressa a garantia da culpabilidade, mas também corresponde ao grau máximo de elevação de tutela jurídico-penal do bem jurídico. Isso quer dizer que o juiz, dentro do marco punitivo, pode mensurar o grau de lesividade do bem, que é revelado pelos elementos do tipo. No caso do tráfico de drogas, quanto mais nociva for a droga e maior for a sua quantidade, maior será a lesividade à saúde pública, de modo a elevar a reprovabilidade e, por conseguinte, a pena-base.

Conclui-se, então, que certos elementos do tipo permitem mensuração, possibilitando ao juiz, dentro dos limites mínimo e máximo, dosar a reprimenda na medida do grau de lesividade ao bem jurídico.

Não devem ser analisadas no tópico “circunstâncias” (referente às circunstâncias judiciais) as que serão consideradas como atenuantes ou agravantes; causas de aumento ou de diminuição, bem como qualificadoras ou privilégios. Ou seja, um mesmo dado não pode ser aferido duas vezes na aplicação da pena para o mesmo fim, mesmo que sob rótulos jurídicos distintos. Essa circunstância, como as demais circunstâncias judiciais, são residuais ou subsidiárias. Nesse ponto a doutrina é assente:

Trata-se de elemento residual, ou seja, quando não prevista a circunstância como qualificadora/causa de aumento ou privilégio/causa de diminuição, pode o juiz considerá-la como circunstância judicial.³¹⁸

Não se pode valorar nada que configure ao mesmo tempo como circunstância legal, causa de diminuição ou de aumento de pena ou qualificadora, sob pena de incorrer em *bis in idem* (dupla valoração).³¹⁹

Tome-se como exemplo a qualificadora do crime de furto disposta no inciso I do § 4º do art. 155 do Código Penal (“com destruição ou rompimento de obstáculo à subtração da coisa”)³²⁰. Refere-se ao meio de execução praticado pelo agente para subtrair a coisa, o que levou o legislador a cominar uma pena de 2

³¹⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 204.

³¹⁹ SCHMITT, Ricardo Augusto. *Sentença penal condenatória*. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 98.

³²⁰ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm> Acesso em: 01 jan. 2013.

(dois) a 8 (oito) anos de reclusão e multa em razão da maior reprovabilidade. Além da lesão ao patrimônio pela subtração da coisa, ainda pode ocorrer maior lesividade pelo prejuízo causado com a destruição ou rompimento do obstáculo. Observe-se que a pena do tipo básico (art. 155, *caput*) é de reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa. Assim, o juiz não pode aumentar a pena-base com o simples argumento que o agente rompeu ou destruiu obstáculo para subtrair a coisa, pois este fator já foi considerado na cominação da pena em sua forma qualificada.

Entretanto, o que a doutrina não explora, e aqui sustentamos, é a possibilidade de o juiz, em certas hipóteses, valorar o grau ou a intensidade da própria qualificadora, o que não implicaria *bis in idem*. Não se trata mais de um juízo sobre a sua existência, mas sim acerca do seu grau de presença ou alcance. A título de exemplo, não se pode discutir que é bem mais reprovável, como meio executório, a destruição mediante utilização de explosivo de um caixa eletrônico para subtração de dinheiro a uma mera destruição de cadeado para subtrair a *bike* de um ciclista.

Desse modo, é perfeitamente possível que, mesmo diante de uma qualificadora referente a um meio de execução, o juiz possa, na pena-base, valorar o seu grau ou intensidade ao analisar o caso concreto.

Em suma, realiza-se um primeiro juízo para fins de reconhecimento da existência da qualificadora, o que, por si só, já é considerado pelo legislador como fator legítimo para uma elevação da pena. Um segundo juízo pode ser realizado se for possível mensurar o grau ou intensidade da qualificadora. O mesmo raciocínio se aplica ao privilégio, bem como às causas de aumento ou diminuição que possuem quantidade variável e permitam ao juiz aferir esse grau.

As circunstâncias do crime, por serem dados de caráter objetivo, se comunicam aos demais agentes na hipótese de concurso de pessoas (art. 30 do Código Penal), mas desde que conhecidas.

7 CONSEQUÊNCIAS DO CRIME

O juiz deve aferir o grau da lesividade ou do dano ocasionado pela

conduta do agente, tendo como parâmetro a vítima, seus familiares e a sociedade.

Seria altamente reprovável um furto de fios da rede telefônica em que resultou aos moradores da região a incomunicabilidade temporária.³²¹ Verifica-se a ocorrência, além do dano patrimonial à empresa prestadora do serviço público, de um prejuízo à comunidade local como consequência do delito. Nesse caso, resta fácil a compreensão da diferença entre o resultado típico (lesão ao patrimônio – subtração dos fios) e o resultado que transcende ao tipo e que não encontra previsão nele próprio.

Cite-se, ainda, um crime de homicídio praticado na direção de veículo automotor, em que, além da morte da vítima (consequência ou resultado típico), houve a destruição do veículo por ela conduzido (consequência extratípica do crime), ou um crime de homicídio culposo em que houve um desabamento de um prédio por imperícia dos engenheiros, tendo como resultado típico do crime a morte do morador e como consequência extratípica (circunstância judicial) a perda da edificação.

A doutrina pátria ressalta que não se deve confundir as consequências do crime com o seu próprio resultado típico. Nas palavras de Juarez Cirino dos Santos:

As consequências do fato designam outros resultados de natureza pessoal, afetiva, moral, social, econômica ou política produzidos pelo crime, dotados de significação para o juízo de reprovação, mas inconfundíveis com o resultado do próprio tipo de crime.³²²

De fato, no caso do crime de homicídio, o resultado morte é inerente ao próprio tipo e impossível de ser valorado pelo juiz na dosimetria da pena como consequência do crime.

Porém, alguns tipos penais possuem certos elementos ou admitem resultados passíveis de mensuração quando analisados no caso concreto, e, por

³²¹ O Superior Tribunal de Justiça possui decisão nesse sentido: “1. As circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal foram adequadamente sopesadas para a fixação da pena-base. As consequências do crime - furto de fiação que deixou os moradores da região incomunicáveis devido ao não funcionamento dos telefones - e a personalidade do agente - comprometida com a criminalidade - justificaram a elevação da pena-base, fixada em 2 anos e 10 meses, muito próximo ao mínimo legal (2 a 8 anos)” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 152.479/DF, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 02/08/2012, DJe 20/08/2012).

³²² SANTOS, Juarez Cirino. *Direito penal: parte geral*. Curitiba: Lumen Juris, 2007, p. 567.

consequente, a intensidade da ofensa ao bem jurídico pode ser valorada pelo juiz.

Ou seja, as *consequências do crime* podem ser *típicas* ou *extratípicas*. Quando típicas, e mensuráveis concretamente (grau de presença ou alcance), admitem avaliação pelo juiz no processo dosimétrico. Nas palavras de Maurach-Gössel-Zipf, as consequências típicas devem ser consideradas concretamente na medição judicial da pena, conforme a intensidade e a extensão da lesão ao bem jurídico.³²³

Basta supor a inexistência da forma qualificada no crime de lesão corporal (art. 129, §§ 1º e 2º, do Código Penal), e que o tipo penal na forma básica cominasse uma pena de 6 (seis) meses a 4 (quatro) anos de reclusão. Nessa hipótese, a intensidade da lesão corporal poderia perfeitamente ser aferida como consequência do crime, e seria inadmissível se argumentar acerca da ocorrência de *bis in idem*.

Na verdade, adotado um sistema de penas com limites mínimo e máximo (espaço do jogo), o que se encontra em harmonia com o princípio da individualização da pena, é perfeitamente possível no momento da individualização judicial se levar em consideração não a existência do elemento do tipo, o que configuraria *bis in idem*, mas sim a sua intensidade ou grau de presença (alcance), ou seja, a maior ou menor lesividade provocada.

Se assim não fosse, teríamos que afirmar, no que tange à intensidade da lesão, ser a pena mínima cominada sempre a pena necessária e suficiente para reprovação e prevenção do delito. No entanto, esse raciocínio levaria à vulneração ao princípio da individualização em seu segundo momento (aplicação da pena). Isso ocorreria por impossibilitar o reconhecimento de que, no plano concreto, as consequências dos delitos podem ser distintas quanto à intensidade da lesão.

É preciso se atentar que no plano abstrato o legislador fixa o mínimo e máximo de tutela penal em relação ao bem jurídico protegido pelo tipo, mas a ele não é possível prever todas as hipóteses ou níveis de intensidade de lesão, de forma que, no plano concreto, restará ao juiz analisar essa intensidade.

³²³ MAURACH, Reinhart; GÖSSEL, Kral Heinz; ZIPF Heinz. *Derecho penal. Parte general 2*. Buenos Aires: Astrea, 1995, p. 727.

Nesse sentido, ao comentar o § 46, II, 2, do Código Penal alemão, que prevê para a individualização da pena as “consequências que culpavelmente se derivam do fato”, Jescheck-Weigend assinalam que neste aspecto importam o resultado típico e sua extensão, e, particularmente, o alcance do dano patrimonial ou a lesão corporal da vítima.³²⁴

Mostra-se inadmissível, por exemplo, que as consequências do crime tributário, previsto no art. 1º da Lei nº 8.137/90, em que o agente suprime tributo de quantia reduzida, sejam consideradas no mesmo grau se comparadas com as consequências de outro crime em que o agente suprime quantia de expressivo valor, bem como não seria razoável afirmar que as consequências do delito de furto (art. 155 do Código Penal) de coisa de médio valor e de normal afetação para a vítima fossem igualadas às consequências de um furto de coisa de altíssimo valor ou que tenha causado um grande prejuízo para a vítima.

Nesse sentido encontram-se as decisões abaixo proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA E FORMAÇÃO DE QUADRILHA. DOSIMETRIA. PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. ALTO VALOR SONEGADO. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL NEGATIVAMENTE VALORADA. 1. É cediço que a pena-base deve ser fixada concreta e fundamentadamente (art. 93, IX, CF), de acordo com as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do delito. 2. In casu, as consequências do delito foram reputadas negativas em face do alto valor do tributo sonegado, autorizando, assim, a elevação da pena-base imposta à paciente (seis meses acima do mínimo), com base no art. 59 do Código Penal. 3. Assim, verifica-se que o quantum de aumento na fixação da pena-base se revela proporcional e fundamentado, notadamente se considerarmos que as penas abstratamente previstas para os delitos em comento - art. 1º, II, da Lei nº 8.137/90 e 288 do Código Penal - são, respectivamente, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos e 1 (um) a 3 (três) anos. 4. De notar que o Juiz não aplicou o aumento da sanção de um terço até a metade, previsto no art. 12, I, da Lei 8.137/90, utilizando a magnitude do dano causado ao erário público e, por conseguinte, à coletividade, tão somente para majorar as penas-bases. 5. No caso, apesar de tratar-se de ré primária e com bons antecedentes, pelas mesmas balizas, não se apresenta socialmente recomendável o deferimento da substituição da sanção corporal por restritivas de direitos. 6. Habeas corpus denegado.³²⁵

³²⁴ JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal: parte general*. Granada: Comares, 2002, p. 957.

³²⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 55.956/MT, Relator Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, julgado em 20/10/2011, DJe 28/11/2011.

(...) 6. Apesar de o crime de furto ser de natureza patrimonial, a gravidade exacerbada da lesão à vítima justifica a valoração negativa das consequências do delito.³²⁶

Ao tratar da proibição da dupla valoração, Jescheck-Weigend novamente ressaltam que não se deve confundir a *existência* dos elementos do tipo, que, de fato, não se presta para fundamentar a agravação da pena, com a *alcance* destes elementos, como a *quantidade* do prejuízo patrimonial ou a *gravidade* das lesões corporais.³²⁷ Esse alcance é perfeitamente mensurável na pena.

No mesmo sentido, e como já mencionado, Zaffaroni e Pierangeli ressaltam a existência de elementares ou qualificadoras suscetíveis de quantificação, os quais admitem grau de presença para a fixação da pena-base. Não se tratam de elementos absolutos que se resolvem unicamente com sua presença ou ausência.³²⁸

Desse modo, grande parte da doutrina pátria, ao afirmar genericamente que os elementos do tipo penal não podem ser considerados na fixação da pena, olvida da diferença entre a *existência* da elementar e do seu *alcance* ou *extensão*.

Por isso o legislador deve ser cauteloso no momento da criação do tipo penal, principalmente na elaboração das qualificadoras, privilégios, causas de aumento e de diminuição. Se for criada como causa de aumento de pena, por exemplo, alguma circunstância ou consequência relacionada à lesividade do bem jurídico que permita variação na análise do caso concreto, mas, por sua vez, se a lei dispor sobre um aumento em quantidade fixa, o juiz não poderá mensurar a intensidade de acordo com o caso apresentado, pois a norma encerraria a atividade do julgador nesse plano.

Cite-se o exemplo do art. 146, § 1º, do Código Penal. As penas de detenção e multa são aplicadas cumulativamente e em dobro, quando, para a execução do crime, há emprego de armas. Ou seja, independentemente de a arma ser um simples estilete ou uma arma de fogo de alto poder ofensivo, capaz de causar enorme intimidação à vítima, o juiz estará vinculado ao aumento fixo (dobro).

³²⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 210.471/MG, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 06/09/2012, DJe 26/09/2012.

³²⁷ JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal: parte general*. Granada: Comares, 2002, p. 972.

³²⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Enrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 828.

Nessa hipótese, por permitir no plano concreto a mensuração da intensidade do nível de lesão ao bem jurídico, deveria o legislador fixar uma causa de aumento variável e não fixa, como o fez no crime de roubo (art. 157, § 2º, I, do Código Penal), no qual se comina um aumento de um terço a metade.

Portanto, não se deve confundir o próprio elemento do crime (juízo de existência ou qualitativo), por ocasião da análise da tipicidade, com a sua mensuração (juízo quantitativo), realizada na aplicação da pena.

8 COMPORTAMENTO DA VÍTIMA

No princípio dos estudos da vitimologia, com Von Henting, Mendelsohn e outros, a matéria se limitava aos protagonistas do fato criminoso, e buscava-se demonstrar a interação existente entre autor e vítima, tendo esta deixado de ser um mero objeto e passado a ter uma nova imagem mais realista e dinâmica com capacidade de influência no delito, em sua estrutura, dinâmica e prevenção.³²⁹

Os papéis da vítima podem ser totalmente neutros para a contribuição do fato, podem ser preventivos, como podem ser parciais no sentido de incentivar ou facilitar a prática delitiva, como, por exemplo: vítimas irritantes, sarcásticas e provocadoras nos crimes de lesões corporais; vítimas provocadoras e insinuanças nos crimes sexuais; vítimas descuidadas nos crimes patrimoniais.

É inquestionável o direito de a vítima deixar seu veículo com a porta destrancada. Todavia, se esse ato se mostrar como um fator especial de incentivo para a execução do delito, o juiz irá considerá-lo no momento da fixação da pena.³³⁰

Assim, o modo que a vítima contribuiu ou não para o fato criminoso, ou até mesmo se preveniu, são fatores a serem aquilatados pelo julgador. Se percebe que o Direito Penal acompanhou as correntes doutrinárias da Criminologia e da Vitimologia que não olvidam do comportamento da vítima, retirando do réu todas as

³²⁹ MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 69.

³³⁰ CALHAU, Lélío Braga. *Vítima e direito penal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 67.

consequências do fato punível.³³¹

Além de ser previsto como circunstância judicial, o comportamento da vítima também possui previsão em outros dispositivos legais, o que se pode verificar no art. 121, § 1º, do Código Penal, ao prever como causa de diminuição de pena a circunstância de o agente cometer o crime sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida à injusta provocação da vítima.

O comportamento da vítima pode variar de uma mera circunstância judicial, como ser considerado um privilégio ou causa de diminuição, podendo ainda ser reconhecido como pressuposto fático a justificar alguma situação de excludente de ilicitude ou culpabilidade.

Existe divergência doutrinária e jurisprudencial acerca da possibilidade de se considerar o comportamento da vítima como circunstância judicial desfavorável. Segundo o Superior Tribunal de Justiça:

O comportamento da vítima apenas deve ser considerado em benefício do agente, quando a vítima contribui decisivamente para a prática do delito, devendo tal circunstância ser neutralizada na hipótese contrária, de não interferência do ofendido no cometimento do crime.³³²

A seguir essa linha, tratar-se-ia de uma circunstância judicial que nunca seria considerada em prejuízo do agente; ou seria neutra, se a vítima em nada contribui para o crime, ou seria valorada em seu benefício, se contribui de algum modo.

Em sentido oposto, para Delmanto, a análise deve ser realizada de modo amplo no contexto da censurabilidade da conduta do agente, permitindo tanto a sua consideração de modo favorável como desfavorável.³³³ Se o legislador pretendesse que o comportamento da vítima fosse necessariamente fator de redução de pena certamente teria previsto como circunstância atenuante e não como circunstância

³³¹ OLIVERIA, Edmundo. *Vitimologia e direito penal: o crime precipitado pela vítima*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 118.

³³² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 146.200/DF, Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, julgado em 20/09/2012, DJe 26/09/2012.

³³³ DELMANTO, Celso et al. *Código Penal comentado*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 275.

judicial.³³⁴

Nucci chega a sustentar que “ao aplicar a pena, o juiz deve considerar a possibilidade de elevação da pena-base quando a vítima encaixa-se no perfil da ‘vítima ideal’, que em nada contribui para a realização do delito”.³³⁵ O Superior Tribunal de Justiça, mantendo sua linha de entendimento, afirma que “a simples referência à conduta da vítima não ter influenciado no delito não basta para majorar a reprimenda.”³³⁶

A nosso sentir, é perfeitamente possível a consideração do comportamento da vítima como circunstância judicial favorável ou desfavorável, a depender do seu papel. Caso desempenhe conduta incentivando ou facilitando o delito, justifica o reconhecimento da circunstância como favorável. Ao contrário, se adota medidas preventivas ao delito, a circunstância há de ser considerada desfavorável.

Como visto, o legislador ao criar os tipos penais comina a pena de prisão estabelecendo um patamar mínimo e outro máximo. Não se pode afirmar que a pena mínima seja a suficiente e necessária para a reprovação e prevenção do crime, nem que a pena-máxima atenderia esse desiderato.

Na verdade, esses patamares, em um plano abstrato, cumprem o primeiro momento do princípio da individualização da pena, tendo em vista que a dignidade do bem jurídico e o seu grau de lesividade são levados em consideração no momento de sua concretização.

Assim, no plano concreto, deverá o juiz, sensível à realidade apresentada no decorrer da instrução processual, aferir as peculiaridades do caso, e aplicar a pena justa.

Nesse processo dosimétrico seria descabido se imaginar um fato em que a vítima em nada tenha contribuído para o crime, e até mesmo o prevenido, desague

³³⁴ PIEDADE JÚNIOR, Heitor. *Vitimologia: evolução no tempo e no espaço*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1993, p. 244.

³³⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, 208.

³³⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1266758/PE, Relatora Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 06/12/2011, DJe 19/12/2011.

numa idêntica resposta penal a outro caso semelhante em que a vítima tenha colaborado decisivamente na motivação ou facilitação para o delito. Isso ocorreria, no plano concreto, se as demais circunstâncias judiciais fossem neutras ou favoráveis, pois a pena-base seria fixada no mínimo.

A moderna criminologia aceita a prevenção do crime, de modo complementar, incidindo na vítima (prevenção vitimária). Seria a possibilidade de evitar crimes dirigindo programas de prevenção aos grupos e subgrupos que possuem maiores riscos de se tornarem vítimas.³³⁷ Ou seja, existe um papel da vítima no sentido da prevenção do crime e esta realidade não pode ser desprezada na aplicação da pena.

Logo, é perfeitamente possível aferir maior censurabilidade na conduta do agente na situação em que a vítima, apesar de nada ter contribuído para o crime, no caso concreto, procura evitá-lo, ou adota medidas para preveni-lo. Nessa situação, maior será a reprovação da conduta do agente. Cite-se, como exemplo, a vítima que instala alarme para proteger o bem no crime de furto. Além de a vítima não ter contribuído, adotou medidas para dificultar a ação do agente.

Desse modo, para fins de análise da circunstância judicial, podemos enquadrar a vítima nas seguintes classes: a) vítima sem contribuição para o fato, mas que adotou medidas preventivas ou procurou evitá-lo; b) vítima sem contribuição para o fato; c) vítima que contribuiu para o fato, incentivando ou facilitando a sua execução.

Na primeira situação, sustentamos a maior censurabilidade e a possibilidade da elevação da pena-base (circunstância judicial desfavorável). Na segunda situação, não justifica maior reprovabilidade, ao passo que na terceira a circunstância judicial deve ser considerada favorável.

³³⁷ MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 77.

CAPÍTULO IV CIRCUNSTÂNCIAS LEGAIS

O legislador, se assim optasse, poderia ter deixado de detalhar e indicar outras circunstâncias além das judiciais, até porque estas são genéricas e permitem uma razoável abordagem da situação que envolveu o fato principal.

Isso não quer dizer que sua opção seja errônea, mas, pelo contrário, entendemos ter agido com acerto. Quanto maior o rol de situações fáticas a indicar as atenuantes e agravantes maior será a conformação fática com a lei, precisando o refinamento do sistema judicial de determinação da pena.

1 CIRCUNSTÂNCIAS AGRAVANTES

1.1 Reincidência

1.1.1 Noção

Conforme o art. 63 do Código Penal³³⁸, para ser considerado reincidente deve o agente praticar novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no país ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior.

É antiga a discussão acerca da legitimidade ou o fundamento do agravamento da reprimenda com base na reincidência. Aníbal Bruno observa que:

³³⁸ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm> Acesso em: 01 jan. 2013.

A noção de reincidência é antiga e antiga a conclusão de que deve conduzir à agravação da pena. Mas nem o seu fundamento nem essa conclusão tem sido pontos pacíficos na doutrina. Os práticos do período intermédio, do que dela se ocuparam sobretudo como *consuetudo delinquendi*, viram nela, uns uma circunstância que agravava o delito, outros, se a reincidência se repetia e se formava a verdadeira *consuetudo*, um sinal da irrecorrigibilidade do delinvente, justificando por um ou outro modo o aumento da punição. Iniciada a fase do classicismo, alguns penalistas se opuseram à ação agravadora da reincidência, alegando-se que conduzia a punir duas vezes o primeiro crime, o que constituía uma violação da justiça.³³⁹

As teorias retribucionistas ou absolutas da pena são incompatíveis com a reincidência na dosagem penal. A sua consolidação só vem a ocorrer com as teorias da prevenção especial. O seu fundamento encontra amparo no positivismo, pois a persistência na prática delitiva demonstra maior grau de periculosidade do agente. Dentro da teoria psicológica da culpabilidade, revela decisão de vontade mais forte, ao passo que na teoria normativa da culpabilidade, a condenação anterior não foi suficiente para reforçar os mecanismos de contramotivação do agente.³⁴⁰

Assinala Salo de Carvalho que o discurso oficial justifica a reincidência e institutos análogos, como antecedentes, personalidade e conduta social, de teoria criminológica derivada do positivismo, apesar de oculta tal opção, a qual adota o critério informador da periculosidade.³⁴¹

Aos olhos do discurso crítico, a reincidência vulnera o princípio *non bis in idem*³⁴² e, por consequência, o da coisa julgada.³⁴³ Se a condenação pelo crime anterior for considerada para fins de antecedentes ou reincidência haverá dupla punição, uma vez que um único fato será valorado duas vezes. A primeira será a condenação do delito anterior; a segunda se dará com a elevação da reprimenda do crime seguinte ao se considerar o fato criminoso anterior como agravante da reincidência.³⁴⁴

³³⁹ BRUNO, Anibal. *Direito Penal: parte geral*. T. 3. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 112-113.

³⁴⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Enrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 838-839.

³⁴¹ CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. *Aplicação da pena e garantismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 63.

³⁴² Positivado no art. 8º, item 4, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (pacto de São José da Costa Rica): *O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos*.

³⁴³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Enrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 840.

³⁴⁴ SANTOS, Juarez Cirino. *Direito penal: parte geral*. Curitiba: Lumen Juris, 2007, p. 572.

Questão passível de reflexão se dará se a pena do crime anterior for menor que o *quantum* da agravante fixada na sentença pelo novo crime. Imagine o réu condenado à pena de 6 (seis) meses de detenção. Pelo segundo crime vem a ser condenado à pena de 14 (quatorze) anos, tendo sido reconhecida a reincidência e, em razão dela, uma elevação de 2 (dois) anos na pena. Percebe-se a possibilidade de o crime anterior refletir mais significativamente na pena do crime seguinte do que no total da sua própria pena, o que demonstra a desproporcionalidade.

Existe ainda o posicionamento sustentando ser a reincidência uma afronta ao princípio da secularização, demonstrando a ideia de culpabilidade de autor em detrimento da culpabilidade pelo fato.

Por sua vez, a Lei das Contravenções Penais também cuida da reincidência. Nos termos do art. 7º, será considerado reincidente o agente que pratica uma contravenção depois de passar em julgado a sentença que o tenha condenado, no Brasil ou no estrangeiro, por qualquer crime, ou, no Brasil, por motivo de contravenção.

O Projeto de Lei do Senado nº 236/12³⁴⁵ (Novo Código Penal) dispõe o seguinte:

Art. 79. Para efeito de reincidência: (...) II – não se consideram os crimes militares próprios e políticos e os punidos com pena restritiva de direitos e/ou multa.

Paragrafo único. O juiz poderá desconsiderar a reincidência quando o condenado já tiver cumprido a pena pelo crime anterior e as atuais condições pessoais sejam favoráveis à ressocialização.

Verifica-se na redação proposta do art. 79, II, uma hipótese a mais em que a condenação anterior não terá o efeito de gerar a reincidência (condenação em que não fora aplicada pena privativa de liberdade), bem como poderá o juiz, na forma do parágrafo único, desconsiderá-la quando o condenado já tiver cumprido a pena pelo crime anterior e as atuais condições pessoais sejam favoráveis à ressocialização.

³⁴⁵ <http://www.senado.gov.br/atividade/Comissoes/comissao.asp?origem=&com=1603>.

Na Alemanha, o § 48 que previa a reincidência foi revogado (23ª StrAG de 13-4-1986)³⁴⁶, mas ainda permite a valoração dos antecedentes na reprimenda em seu § 46, II.³⁴⁷ Em Portugal, o art. 75, 1, do Código Penal³⁴⁸, possibilita a reincidência facultativa.

Na Itália, a reincidência, passou por três fases: com o Código Rocco o instituto era obrigatório; no regime de 1974 (Lei nº 220, de 07/06/74), a reincidência era facultativa, ao passo em que a Lei nº 251, de 5/12/05, estabeleceu um regime composto de reincidência, isto é, permitindo ao juiz deixar de aplicá-la em certos casos (reincidência facultativa) e obrigando o seu reconhecimento em outros (reincidência obrigatória), como os de particular gravidade e alarme social. Exemplos: delitos de devastação, saque e pilhagem contra o Estado (art. 285); guerra civil (art. 286); associação para a máfia (art. 416); massacre contra o público em geral (art. 422).³⁴⁹ Uma das características é que somente se verifica a reincidência na hipótese de crimes não culposos.³⁵⁰

Na Espanha, o art. 22, 8, do Código Penal (LO 10/1995) trata da reincidência como circunstância agravante:

8ª. Ser reincidente.

Hay reincidencia cuando, al delinquir, el culpable haya sido condenado ejecutoriamente por un delito comprendido en el mismo Título de este Código, siempre que sea de la misma naturaleza.

A los efectos de este número no se computarán los antecedentes penales cancelados o que debieran serlo.

Ao comentar a referida norma, Cerezo Mir destaca que o Código Penal espanhol suprimiu a reincidência genérica e passou a prever apenas a reincidência

³⁴⁶ ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. T. I. Madrid: Civitas, 1997, p. 186.

³⁴⁷ 1 - É punido como reincidente quem, por si só ou sob qualquer forma de participação, cometer um crime doloso que deva ser punido com prisão efectiva superior a 6 meses, depois de ter sido condenado por sentença transitada em julgado em pena de prisão efectiva superior a 6 meses por outro crime doloso, se, de acordo com as circunstâncias do caso, o agente for de censurar por a condenação ou as condenações anteriores não lhe terem servido de suficiente advertência contra o crime.

³⁴⁸ BOCKELMANN, Paul; VOLK, Klaus. *Direito penal: parte geral*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 294.

³⁴⁹ GAROFOLI, Roberto. *Manuale di diritto penale: parte generale*. 4. ed. Milão: Giuffrè Editore, 2008, p. 748-465.

³⁵⁰ MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. *Manuale di diritto penale: parte generale*. 3. ed. Milano: Giuffrè Editore, 2009, p. 501.

específica, que, na sua opinião, se fundamenta na maior gravidade da culpabilidade, pois o agente que anteriormente foi condenado pelo mesmo crime tem seguro conhecimento da ilicitude da conduta e, por conseguinte, tem maior capacidade de autodeterminação, sendo que na reincidência genérica estes argumentos tem menor força.³⁵¹

O fundamento acima afasta-se dos ideais das teorias da prevenção geral ou especial e aproxima-se do princípio da culpabilidade, na perspectiva da vinculação da responsabilização e aplicação da pena pelo fato praticado. Permite que elementos individuais inerentes ao agente sejam considerados durante o processo dosimétrico, desde que na culpabilidade se encontre a razão da reincidência ou dos antecedentes, vale dizer, o crime anterior deve revelar maior grau de capacidade de autodeterminação pelo seguro conhecimento da norma, já que passou por um processo penal anterior, e, em alguns casos, até mesmo pela fase executória de cumprimento de pena.

Do panorama traçado, verifica-se a vasta divergência sobre o fundamento da reincidência e da circunstância judicial antecedentes.

O Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário 453000, afastou a tese de inconstitucionalidade da reincidência. O relator, ministro Marco Aurélio de Mello, afirmou que “o instituto constitucional da individualização da pena respalda a consideração da reincidência, evitando a colocação de situações desiguais na mesma vala”.³⁵²

1.1.2 Requisitos, alcance e comprovação

Da redação do art. 63 do Estatuto Penal, são extraídos os seguintes requisitos para a configuração da reincidência: 1) prática de crime anterior no Brasil ou no estrangeiro, doloso ou culposo, tentado ou consumado; 2) sentença condenatória transitada em julgado; 3) cometimento de novo crime depois de transitar em julgado a sentença condenatória no país ou no estrangeiro por crime anterior.

³⁵¹ MIR, José Cerezo. *Derecho penal: parte general*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 1030.

³⁵² Acórdão pendente de publicação, mas a matéria foi noticiada no site <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=235084>. Acesso em 04 abril 2013.

Ao contrário do Código Criminal do Império de 1830 e do Código Penal de 1890, a reincidência não necessita ser específica, isto é, dispensa que os crimes sejam da mesma espécie ou natureza.

Não é suficiente que o crime posterior seja praticado depois de um crime precedente, mas sim que o novo delito ocorra depois de uma condenação irrecorrível, mesmo que a pena deste não tenha sido cumprida. Ademais, tendo como requisito para a reincidência que o novo crime seja cometido depois de transitar em julgado a sentença condenatória por crime anterior, pode ocorrer que o réu pratique vários crimes e não seja reincidente.

Como a reincidência depende de condenação anterior, não haverá reincidência na hipótese em que o agente comete crime depois de transitar em julgado a sentença que aplicou medida de segurança (art. 26, *caput*, do Código Penal), tendo em vista que se trata de sentença absolutória, conforme art. 386, VI, do Código de Processo Penal.

Também não configura a reincidência se o crime anterior foi objeto de sentença condenatória que não transitou em julgado em virtude da ocorrência de causa de extinção da punibilidade (ex.: prescrição da pretensão punitiva; ressarcimento do dano, antes da sentença irrecorrível, no *peculato culposo*).

Da mesma forma, não surtirá efeitos para fins de reincidência se os crimes anteriores forem atingidos pela anistia e *abolitio criminis*. Nestas hipóteses, cessam os efeitos penais da sentença condenatória, de modo que o agente que vier a praticar o novo delito não poderá ser considerado reincidente.

Nos termos do art. 64, II, do Código Penal³⁵³, para efeitos de reincidência não se consideram os crimes anteriores se forem militares próprios ou crimes políticos.

Crime militar próprio é aquele previsto exclusivamente no Código Penal Militar (ex.: art. 187 – deserção), ao passo que crime militar impróprio é aquele que possui figura típica prevista tanto no Código Penal Militar como no Código Penal ou

³⁵³ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm> Acesso em: 01 jan. 2013.

em outras leis especiais (ex.: o crime de furto é previsto no Código Penal Militar e no Código Penal).

No crime político o tipo penal proíbe uma conduta que causa um dano ou perigo de dano a bem jurídico de interesse da segurança do Estado. Pode ser classificado em político próprio quando tutela interesse do Estado (ex.: artigos 8º, 10 e 13 da Lei nº 7.170/83) ou em político impróprio, na hipótese de, além de tutelar interesse do Estado, protege bens jurídicos individuais (ex.: artigos 15, 18 e 20 da Lei 7.170/83). O dispositivo legal não faz distinção entre crimes políticos próprios e impróprios, de sorte que é clara a opção legislativa de abranger as duas hipóteses.

Conforme o art. 120 do Código Penal³⁵⁴, a sentença que concede o perdão judicial não gera a reincidência. Assim, independentemente da discussão acerca da natureza jurídica da sentença que concede o perdão, se condenatória, declaratória ou de extinção da punibilidade, o art. 120 do Código Penal é expresso ao afastar a reincidência da sentença que o concede.

Essa matéria é objeto de enunciado da Súmula 18 do Superior Tribunal de Justiça: “A sentença concessiva do perdão judicial é declaratória da extinção da punibilidade, não subsistindo qualquer efeito condenatório”.

Lembra Nucci, apesar de se opor à ideia, a posição no sentido que a condenação por crime anterior à pena de multa não tem o condão de gerar reincidência. Duas razões sustentam essa orientação: a) não é admitido o *sursis* ao condenado reincidente em crime doloso (art. 77, I, do Código Penal³⁵⁵), salvo se a pena do crime anterior for de multa (art. 77, § 1º, do Código Penal). Assim, como a pena de multa pelo crime anterior não impede a concessão do *sursis*, não deveria gerar a reincidência; b) a pena de multa, por ser de pouca monta e aplicável a crimes mais leves, não teria a força de gerar a reincidência.³⁵⁶

³⁵⁴ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm> Acesso em: 01 jan. 2013.

³⁵⁵ BRASIL. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm> Acesso em: 01 jan. 2013.

³⁵⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 214.

Situação interessante surge se o agente é condenado no estrangeiro por crime sem previsão típica no Brasil. Se posteriormente a esta condenação irrecorrível vier a praticar outro crime, agora no Brasil, não será considerado reincidente, uma vez que, em relação ao primeiro delito, deveria haver dupla tipicidade (fato considerado crime no estrangeiro e no Brasil). Ex.: O agente é condenado irrecorrivelmente no exterior por adultério. No Brasil, vem a praticar um novo crime (ex.: roubo). Não será reincidente, nem mesmo terá maus antecedentes, pois o adultério não é considerado crime em nossa legislação.

Comprova-se a reincidência com a juntada de certidão cartorária judicial com os dados do delito anterior, máxime a data do trânsito em julgado. O Superior Tribunal de Justiça admite também a comprovação pela certidão de antecedentes criminais. Nesse sentido:

A certidão de antecedentes criminais exarada pelo Departamento de Polícia Federal é documento hábil para comprovar a existência de maus antecedentes e a reincidência, quando contém as informações necessárias para esses fins, tais como número da ação penal, tipo de crime, data da condenação, quantidade de pena imposta e trânsito em julgado da sentença condenatória.³⁵⁷

1.1.3 Reincidência ficta e real

Considera-se como reincidência ficta ou presumida a hipótese de não ter o agente cumprido a pena do delito anterior e vir a praticar o novo crime. Um dos requisitos da reincidência é a condenação anterior irrecorrível, independentemente do cumprimento da sanção do crime anterior. O Código Penal adotou essa modalidade.

Diz-se reincidência real a situação em que o agente comete novo crime depois de ter cumprido a pena pelo delito anterior.

1.1.4 Efeitos da reincidência

Além da possibilidade da exasperação da pena como agravante (art. 61, I, do Código Penal), a reincidência gera consequência em outros institutos de Direito Penal, tais como: a) impede a concessão da suspensão condicional da execução da

³⁵⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 121244/MS, Relator Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 23/03/2010, DJe 19/04/2010.

pena (art. 77, I, do Código Penal³⁵⁸); b) aumenta o prazo de cumprimento da pena para a obtenção do livramento condicional (art. 83, II, do Código Penal³⁵⁹); c) aumenta o prazo da prescrição da pretensão executória (art. 110, *caput*, do Código Penal³⁶⁰); d) figura como causa interruptiva da prescrição da pretensão executória (art. 117, VI, do Código Penal³⁶¹); e) afasta a incidência de certas causas de diminuição de pena (ex.: arts. 155, § 2º, 170 e 171, § 1º, todos do Código Penal³⁶²; art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06³⁶³).

1.1.5 Sistema da temporariedade

O Código Penal adota um sistema de temporariedade em relação à reincidência. Isso quer dizer que a sentença condenatória irrecorrível pelo crime anterior, depois de certo período, não mais surtirá efeitos para fins de reincidência.

Como mencionado na abordagem dos antecedentes, parcela da doutrina penal, bem como os Tribunais Superiores, adotam o posicionamento que as condenações atingidas pelo período do art. 64, I, do Código Penal³⁶⁴ podem ser consideradas na fixação da pena-base como maus antecedentes.

Dispõe o art. 64, I, que para efeito de reincidência não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos. Para esse fim, será computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional caso não tenha ocorrido a revogação.

Exemplo: crime anterior praticado em 2000, com sentença condenatória

³⁵⁸ BRASIL. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm> Acesso em: 01 jan. 2013.

³⁵⁹ BRASIL. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm> Acesso em: 01 jan. 2013.

³⁶⁰ BRASIL. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm> Acesso em: 01 jan. 2013.

³⁶¹ BRASIL. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm> Acesso em: 01 jan. 2013.

³⁶² BRASIL. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm> Acesso em: 01 jan. 2013.

³⁶³ BRASIL. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm> Acesso em: 01 jan. 2013.

³⁶⁴ BRASIL. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm> Acesso em: 01 jan. 2013.

transitada em julgado no ano de 2002. O início da pena, de 6 (seis) anos, ocorreu em 2003 e findou-se em 2009, sem que tenha sido concedido livramento condicional. A partir desse momento (2009) se inicia a contagem do prazo dos 5 (cinco) anos, que se findará em 2014. Se o agente praticar novo crime entre o trânsito em julgado do crime anterior (2002) e 2014, mesmo que reabilitado (arts. 92 e 93), será considerado reincidente. Se o crime for cometido após o ano de 2014, a condenação pelo crime anterior não será considerada para efeitos de reincidência (sistema da temporariedade), mas, de acordo com a jurisprudência dos Tribunais Superiores, será valorada para maus antecedentes (sistema da perpetuidade).

Na hipótese de concessão de livramento condicional que não tenha sido revogado, o prazo de cinco anos não será contado a partir da data do cumprimento ou extinção da pena, mas sim do dia em que iniciou o período de prova (início do cumprimento do livramento condicional, que se dá com a audiência admonitória).

Exemplo: crime anterior praticado em 2000, com sentença condenatória transitada em julgado no ano de 2002. O início da pena ocorreu em 2002, tendo havido a concessão de livramento condicional no ano de 2005. O período de prova foi cumprido sem revogação, tendo havido a extinção da punibilidade em 2007. Inicia-se o cômputo do período de cinco anos do dia em que se iniciou o livramento (2005).

Em relação ao *sursis* (suspensão condicional da pena) devidamente cumprido, o prazo de cinco anos será contado a partir do dia em que iniciou o período de prova (início do *sursis*).

1.2 Motivo fútil ou torpe

A maior reprovabilidade da conduta incide em razão do motivo, que, no dizer de Magalhães Noronha, “é a razão pela qual a vontade se determina”.³⁶⁵

Motivo fútil é aquele considerado insignificante, desproporcional, de mínima importância, desarrazoado. Verifica-se uma desproporção do crime com a sua causa moral. Uma pessoa com o mínimo de bom senso não teria a atitude do

³⁶⁵ NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*. V. 1. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 250.

agente diante do motivo que inspirou a ação.

Para Aníbal Bruno é aquele de tão pequeno que não serve para explicar o crime, a ponto de revelar no autor uma insensibilidade ou um grave desprezo ao bem alheio.³⁶⁶

Cite-se como exemplo ofender a integridade física do motoboy que demorou na entrega de um remédio; lesar a vítima por esta ter negado um cigarro ao agente.³⁶⁷ No crime de homicídio o motivo fútil é previsto como circunstância qualificadora (art. 121, § 2º, II, do Código Penal³⁶⁸).

O motivo fútil não se confunde com motivo injusto. Isso porque todo crime possui motivo injusto, mas nem sempre será fútil. Se a vítima é ofendida em sua integridade corporal porque olhava discretamente para a companheira do agente, ocorre um motivo injusto e fútil.

Por outro lado, se a vítima sofre lesão corporal em razão de ter proferido gracejos expressos à companheira do agente em sua presença, não se pode dizer que a ação, apesar de injusta, seja fútil.

Importante assinalar que somente a futilidade imediata é capaz de conduzir à incidência da agravante. Nesse ponto, lapidar o escólio de Euclides Custódio da Silveira:

A futilidade do motivo deve prender-se imediatamente à conduta homicida em si mesma: quem mata no auge de uma alteração oriunda de motivo fútil, já não o faz somente por este motivo mediato de que se originou aquela.³⁶⁹

Outra questão tormentosa é saber se a ausência de motivo se equipara ao motivo fútil. Para uns, se o motivo fútil é reprovável a ponto de ser considerado como agravante, com maior razão seria a ausência de motivo. No dizer de Juarez Cirino dos Santos, “o motivo fútil designa o móbil insignificante do crime, de natureza

³⁶⁶ BRUNO, Aníbal. *Direito Penal: parte geral*. T. 3. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 125.

³⁶⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 174.411/DF, Relator Ministro Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE), Sexta Turma, julgado em 09/11/2010, DJe 06/12/2010.

³⁶⁸ BRASIL. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm> Acesso em: 01 jan. 2013.

³⁶⁹ *Apud* NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 532.

irrelevante para explicar o fato criminoso, equiparável à ausência de motivo”.³⁷⁰

Em posição contrária, sustenta Noronha que todo crime tem um motivo “e o crime *gratuito* é mera lucubração cerebrina de romancistas ou fruto de mente enferma”.³⁷¹

Nucci atenta para o fato de que o Estado-acusação pode não descobrir o motivo do crime, o que não significa a ausência de motivo. Somente uma pessoa incapaz teria possibilidade de cometer um crime sem motivo. Ademais, quem comete o crime pelo mero prazer ou sadismo não deixa de ser um motivo, talvez torpe.³⁷²

Para Boschi, o ciúme, por ser manifestação própria do ser humano, não pode ser considerado motivo fútil.³⁷³ No mesmo sentido, Nucci assevera:

Não se trata, certamente, de motivo fútil, pois esse sentimento doloroso de um amor – ou até mesmo paixão – inquieto, egoísta e possessivo, apesar de injusto, não pode ser considerado ínfimo ou desprezível. Desde os primórdios da humanidade o ciúme corrói o homem e por vezes chega a configurar uma causa de diminuição da pena ou uma atenuante, quando em decorrência de ‘violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima’.³⁷⁴

O Superior Tribunal de Justiça admite o reconhecimento do ciúme como motivo fútil quando não se revelar manifestamente improcedente de acordo com as peculiaridades do caso concreto.³⁷⁵

Motivo torpe, por sua vez, é aquele ofensivo ao sentimento ético e moral da sociedade; é aquele repugnante, ignóbil, asqueroso, vil. Nas lições de Hungria:

Torpe é o motivo que mais vivamente ofende a moralidade média ou o sentimento ético-social comum. É o motivo abjeto, ignóbil, repugnante, que imprime ao crime um caráter de extrema vileza ou imoralidade. Tais são, *in exemplis*, o fim de *lucro* ou cupidez, o prazer do mal, o desenfreio da

³⁷⁰ SANTOS, Juarez Cirino. *Direito penal: parte geral*. Curitiba: Lumen Juris, 2007, p. 573-574.

³⁷¹ NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*. V. 1. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 250, p. 250.

³⁷² NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 222.

³⁷³ BOSCHI, José Antônio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 208.

³⁷⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 223.

³⁷⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 136.299/MG, Relator Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 12/08/2010, DJe 04/10/2010.

lascívia, a vaidade criminal, o despeito da imoralidade contrariada.³⁷⁶

O Superior Tribunal de Justiça alinha-se no sentido que o ciúme, por si só, sem outras circunstâncias, não configura motivo torpe.³⁷⁷

A vingança pode configurar ou não motivo torpe, a depender do caso concreto. Assim decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

A vingança, per se, pode não ou representar motivo torpe - tudo a depender do caso concreto. O debate acerca dos lineamentos do recurso que impossibilitou a defesa também enseja profundo mergulho no plano fático-probatória. Desta forma, o exame de tais questões refoge aos limites de cognição do habeas corpus.³⁷⁸

Nessa linha de pensamento, Boschi aduz que a vingança pode ou não agravar a pena, devendo ser realizada avaliação detida do caso concreto, em especial “sob a perspectiva do pensamento do grupo social do lugar em que ocorre o fato”.³⁷⁹

Da agravante referente ao motivo torpe ou fútil é importante ao julgador se atentar para não ocorrência da dupla valoração da mesma situação fática com rotulação distinta. Assim, se determinado motivo, como o “fim de obter lucro”, for considerado como torpe a incidir na segunda fase da dosimetria penal, não poderá simultaneamente ser aferido como circunstância judicial. Da mesma forma, se o fim de lucro já constar como elemento do tipo penal, não poderá ser aferido como circunstância, seja judicial ou agravante.

1.3 Facilitação ou assecuração da execução, ocultação, impunidade ou vantagem de outro crime

A maior reprovabilidade justifica-se em razão da motivação do crime, tendo em vista que o delito é praticado com o fim de facilitar ou assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime, ou seja, há conexão entre delitos. No crime de homicídio, essa motivação é considerada

³⁷⁶ HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*. V. V. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 163.

³⁷⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 123918/MG, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 13/08/2009, DJe 05/10/2009.

³⁷⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 126.730/SP, Relatora Ministra Maria Thereza De Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 10/11/2009, DJe 30/11/2009.

³⁷⁹ BOSCHI, José Antônio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 208.

circunstância qualificadora (art. 121, § 2º, V, do Código Penal³⁸⁰).

Na hipótese de facilitar ou assegurar a execução de outro crime, tem-se a chamada conexão teleológica. É o exemplo do agente que ofende a integridade corporal do segurança para sequestrar a vítima. Incide a agravante mesmo que o crime visado reste tentado, ou mesmo que o agente desista de prosseguir na execução.

Não incidirá a agravante se o agente visa à prática de uma contravenção, porém poderá haver torpeza ou futilidade, dependendo do caso.

A razão da agravante é a maior reprovação pelo motivo, independentemente do transcorrer do outro delito. Desse modo, haverá a sua incidência mesmo se o outro crime for impossível.

Há conexão consequencial no caso de facilitar ou assegurar a ocultação, impunidade ou vantagem de outro crime.

Na ocultação, o agente pretende esconder o crime precedente, fazendo com que fique desconhecida a materialidade. Na impunidade de outro crime, o agente pretende que a autoria do delito precedente fique desconhecida. O crime em si é revelado, mas não a sua autoria. Destaca Noronha que na ocultação impede-se que apareça; relaciona-se com o fato. Na impunidade, apesar de conhecido o fato, relaciona-se com o sujeito ativo.³⁸¹

Na vantagem, visa o agente auferir algum proveito ou resultado lucrativo de outro delito. Segundo Paulo Queiroz, também se discute aqui se não há *bis in idem*, considerando que o outro crime também poderá ser imputado ao agente.³⁸²

O importante na aferição das circunstâncias é o juiz encontrar o seu fundamento para não incorrer na dupla valoração em outras fases do processo dosimétrico, ou até mesmo na própria análise de outras agravantes como no caso.

³⁸⁰ BRASIL. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm> Acesso em: 01 jan. 2013.

³⁸¹ NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*. V. 1. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 251.

³⁸² QUEIROZ, Paulo. *Direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 388.

1.4 Traição, emboscada, dissimulação, ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido

O legislador focou no modo de agir do agente para justificar a maior reprimenda, porquanto são situações que revelam maior facilidade na execução. No crime de homicídio são consideradas circunstâncias qualificadoras (art. 121, § 2º, IV, do Código Penal³⁸³).

A traição ocorre quando a vítima não espera ser atacada, como se verifica em casos de agressão súbita e sorrateira. Geralmente a vítima não tem motivo para desconfiar que será agredida. Ocorre, por exemplo, na hipótese de agressão 'pelas costas'. Na lição de Noronha, a traição pressupõe a quebra de fidelidade ou confiança depositada no agente:

A alínea c enumera várias agravantes. A primeira é a traição. Atualmente lhe dão os juristas o conceito de ataque de inopino, brusco, inesperado, colhendo a vítima de surpresa. Ao nosso ver, entretanto, a noção dessa majorativa devia ser dada antes pela quebra da *fidelidade*, da confiança que era depositada no agente. Deve ela ter conteúdo moral. Corresponde à aleivosia das Ordenações da Livro V, que era 'huma maldade de cometida atraíçoeiramente sob mostrança de amizade'. Aliás, os comentadores do Código de 1890 não lhe davam outro significado. Vejam-se as obras de Galdino Siqueira, Bento de Faria, Rodrigues Teixeira e Costa e Silva. Este, no comentário àquele diploma, escreve: 'A traição significa perfídia e deslealdade. É o ocultamente moral (na frase carrareana) que, dificultando a reação e a defesa, aumenta o perigo para a vítima e causa maior alarma social.'³⁸⁴

Com efeito, parcela da doutrina diferencia traição de surpresa. Na traição, além da agressão súbita e inesperada, ocorre a violação da relação de confiança e lealdade entre agressor e vítima. Na surpresa, a vítima é atacada quando está desatenta, de modo inesperado. Assim, causar lesão corporal em uma pessoa dormindo pode ser traição ou surpresa. Se houve a violação da confiança e lealdade, como no caso de cônjuges, haverá traição. Se o agente vai ao encontro do seu inimigo e o atinge quando este dormia em um banco da praça, haverá surpresa.³⁸⁵

O Superior Tribunal de Justiça possui precedente nesse sentido:

³⁸³ BRASIL. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm> Acesso em: 01 jan. 2013.

³⁸⁴ NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*. V. 1. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 251.

³⁸⁵ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte especial*. V. I. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 59.

Existe a chamada traição subjetiva quando a vítima desconhece o intuito criminoso do réu, sendo moralmente surpreendida por agente em que depositava confiança, incidindo, portanto, a circunstância agravante prevista no art. 61, inciso II, alínea c, do Código Penal.³⁸⁶

A emboscada é a espreita, a tocaia. O agente aguarda a vítima às escondidas para iniciar o ataque.

A dissimulação se verifica na ocultação da intenção hostil para que a vítima seja atingida quando estiver desprevenida. No dizer de Aníbal Bruno, “o agente disfarça ou se vale de qualquer sorte de fingimento para desviar a prevenção da vítima e apanhá-la despercebida e indefesa”.³⁸⁷ Pode ser moral, como se passando por amigo, ou material, como na utilização de disfarce.

O recurso que dificulte ou torne impossível a defesa da vítima deve ser alguma situação assemelhada às hipóteses específicas (traição, emboscada e dissimulação). Trata-se da chamada interpretação analógica, em que o legislador prevê circunstâncias específicas e uma cláusula genérica a ser completada pelo juiz no caso concreto, tendo como parâmetro os casos análogos específicos.

Deve o julgador observar que se trata de circunstância referente ao modo de execução do delito e, assim, evitar a sua dupla valoração, especialmente na primeira fase no momento da aferição da circunstância judicial rotulada de “circunstâncias do crime”. Ou seja, seria incorreto o juiz incidir a agravante emboscada e, simultaneamente, valorar como circunstância judicial desfavorável - na primeira fase - que o crime foi praticado com recurso que dificultou a defesa do ofendido.

1.5 Veneno, fogo, explosivo, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que podia resultar perigo comum

A maior censurabilidade se dá em razão dos meios empregados pelo agente, a envolver a insídia, a crueldade ou o perigo comum. No crime de homicídio,

³⁸⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 770.619/RS, Relatora Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 07/11/2006, DJ 18/12/2006, p. 479.

³⁸⁷ BRUNO, Aníbal. *Direito Penal: parte geral*. T. 3. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 127.

esses meios são dispostos como circunstâncias qualificadoras (art. 121, § 2º, III, do Código Penal³⁸⁸).

Meio insidioso é aquele em que o agente demonstra perfídia, deslealdade, falsidade, como ocorre no emprego de veneno. Veneno pode ser conceituado como qualquer substância que, absorvida pelo organismo, tem a possibilidade de causar perturbações funcionais. É difícil a definição de veneno, considerando que uma substância pode não ser perigosa em si, mas dependendo da dose e da resistência do indivíduo, pode causar mal ao organismo. Exemplo: injetar glicose em pessoa com diabetes. Porém, o agente deve ter conhecimento de que a substância é danosa para a vítima.

Assim, para incidir a agravante, o agente deve ter conhecimento da utilização do meio insidioso e a vítima desconhecer a ingestão. Em caso de ingestão forçada, poderá configurar outra agravante, como o meio cruel ou o recurso que torna impossível a defesa, dependendo das circunstâncias do caso.

O segundo caso de agravantes envolve o meio cruel, assim considerado aquele doloroso, desumano, despiadoso, como ocorre no emprego de fogo, de asfixia (suspensão da respiração seguida de morte, que pode ser causada por estrangulação, afogamento, ação de gases irrespiráveis etc.) ou de tortura (imposição de intenso sofrimento físico ou mental).

É possível que o fim visado seja a realização de uma das figuras típicas descritas no art. 1º da Lei n.º 9.455/97 (tortura). Neste caso, não incide a agravante por ser elemento do próprio crime.

O meio que pode resultar perigo comum é aquele que expõe a coletividade a perigo de dano. Na fase preparatória ou executória do delito o agente pratica alguma ação lesiva a um número indeterminado ou determinável de pessoas.

São espécies também de meio perigoso o emprego de fogo, veneno, como na hipótese de contaminação de reservatório de água, bem como de

³⁸⁸ BRASIL. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm> Acesso em: 01 jan. 2013.

explosivo. A maior reprovabilidade justifica-se não pela maior lesividade do bem jurídico protegido, mas sim pelas consequências do crime.

Desse modo, em um furto de moeda no interior de caixa eletrônico mediante arrombamento com utilização de explosivos, o juiz pode considerar o arrombamento para qualificar (art. 155, § 4º, I, do Código Penal³⁸⁹) e a utilização do explosivo como agravante do meio que podia resultar perigo comum. Aqui não se trata de *bis in idem*, uma vez que: a) a qualificadora é justificada pela maior reprovabilidade em razão do rompimento do obstáculo, a demonstrar um grau a mais na lesividade do bem jurídico (a coisa subtraída – moeda - não se confunde com a coisa destruída ou danificada – caixa eletrônico); b) a maior censurabilidade em razão da agravante ‘explosivo’ é explicada diante da possibilidade de causar perigo comum, que é espécie de consequência extratípica.

Nesse exemplo fica evidenciada a necessidade da correta compreensão da situação fática a ser aferida e considerada como circunstância e as razões que fundamentam a própria circunstância. Ou seja, a situação fática (rompimento do obstáculo) demonstra maior reprovabilidade do fato em razão do prejuízo causado à vítima e, conseqüentemente, a maior lesividade ao bem jurídico. A utilização do explosivo para romper o obstáculo revela maior censurabilidade em razão da possibilidade de causar perigo comum, que é espécie de consequência extratípica do crime, e, como tal, passível de valoração.

Por outro lado, não se poderia utilizar o perigo comum (situação fática), que é uma forma de consequência extratípica do crime, simultaneamente como agravante e circunstância judicial “consequência do crime”. Neste caso, ocorreria dupla valoração proibida.

1.6 Contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge

O fundamento da agravante é a quebra dos deveres de solidariedade, confiança, fraternidade e respeito entre os membros da família. Para Aníbal Bruno, o

³⁸⁹ BRASIL. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm> Acesso em: 01 jan. 2013.

objeto da agravante é a insensibilidade moral diante da “violação dos sentimentos de estima, solidariedade e apoio mútuo entre parentes próximos”.³⁹⁰

Porém, Paulo Queiroz sustenta que da relação de parentesco não decorre necessariamente o dever de manter relações fraternais, de sorte que deve o juiz analisar o caso concreto e averiguar se houve a efetiva quebra de uma relação de solidariedade, fraternidade ou respeito, pois frequentemente parentes vivem como inimigos e, nestes casos, a agravante é inaplicável.³⁹¹

De qualquer modo, observa-se que a doutrina repousa seu pensamento na justificativa da violação do dever de apoio e solidariedade. Se aceita essa premissa, a tônica recai na proteção da moral, apesar de constar apenas latente essa função, implicando no afastamento do princípio da exclusiva proteção dos bens jurídicos. Ou seja, a maior reprimenda em razão da agravante se justifica por razões morais e não pela gravidade do fato.

Com efeito, o real fundamento da agravante é a maior facilidade para executar o delito diante da relação de confiança existente nessas relações de parentesco. Inexistente no caso concreto, deve o juiz afastar a sua incidência.

Da mesma forma, não se deve admitir a agravante se o cônjuge estiver separado de fato. O fundamento não mais de encontra, malgrado ainda persista o casamento.

Apesar de adotar fundamento diverso, o Superior Tribunal de Justiça afastou a agravante no caso de separação de fato no julgado que segue:

Circunstância agravante - Cônjuge - Separação - A Circunstância agravante - Crime cometido contra Cônjuge - Recrudescer a reprovabilidade ao agente; além do ilícito jurídico, trai o dever de fidelidade resultante da vida em comum. Rompida, desaparece a obrigação de assistência e respeito mútuo. Cessa a solidariedade decorrente da existência *more uxorio*. Irrelevante persistir o vínculo matrimonial. O objeto de Proteção é a convivência, não é o casamento.³⁹²

No mesmo sentido:

³⁹⁰ BRUNO, Aníbal. *Direito Penal: parte geral*. T. 3. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 128.

³⁹¹ QUEIROZ, Paulo. *Direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 390.

³⁹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 13564/MG, Relator Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, Sexta Turma, julgado em 22/10/1991, DJ 11/11/1991, p. 16152.

Se os cônjuges estavam separados por ocasião do evento criminoso, ainda que apenas de fato, não procede a agravante do art. 61, inc. II, alínea "e", do Código Penal.³⁹³

Não constaram no rol das agravantes os conviventes ou companheiros, de modo que diante do princípio da legalidade não se admite a sua incidência. Segundo Nucci, caracterizada a união estável certamente haverá a incidência da agravante prevalência das relações domésticas.³⁹⁴

1.7 Abuso de autoridade ou prevaecimento de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, ou com violência contra a mulher na forma da lei específica

Esse grupo de agravantes funda-se na maior facilidade encontrada pelo agente na execução do crime, bem como em situações que traduzem confiança, frequência, convivência.³⁹⁵ Na mesma linha ressalta Aníbal Bruno:

O que fundamenta a exasperação da pena, nessas circunstâncias, é desde logo, que o agente transforma em agressão o que cumpria ser apoio e assistência. E, como aquela atitude de solidariedade e auxílio era o que devia haver nessas situações, o agente viola a confiança natural em que se encontra a vítima, o que lhe diminui a defesa, facilitando a execução da ação criminosa e favorecendo a segurança do seu autor.³⁹⁶

Verifica-se, assim, que a maior gravidade da censura se relaciona com o fato e não com as qualidades do autor, ajustando-se ao Direito Penal do fato.

O abuso de autoridade se verifica com o uso imoderado da autoridade que o agente possui nas relações privadas³⁹⁷, como se dá no poder familiar, tutela, curatela. Alguns autores³⁹⁸ sustentam que pode ter natureza pública, mas desde que não incida a alínea seguinte (art. 61, II, g³⁹⁹).

³⁹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 119897/SP, Relator Ministro Anselmo Santiago, Sexta Turma, julgado em 20/08/1998, DJ 21/09/1998, p. 234.

³⁹⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 231.

³⁹⁵ NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*. V. 1. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 253.

³⁹⁶ BRUNO, Aníbal. *Direito Penal: parte geral*. T. 3. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 128.

³⁹⁷ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte especial*. V. I. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 351.

³⁹⁸ Conforme NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*. V. 1. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 253; BRUNO, Aníbal. *Direito Penal: parte geral*. T. 3. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 128.

³⁹⁹ Com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão.

As relações domésticas se revelam entre pessoas da mesma família, entre empregador e empregado doméstico e até mesmo entre amigos da casa. Coabitação significa convivência na mesma casa, ao passo que hospitalidade se traduz em convivência passageira ou temporária, como pernoites e visitas.

A Lei nº 11.340/06 acrescentou a agravante “com violência contra a mulher na forma da lei específica”. A referida lei dispõe em seu art. 5º:

Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:

I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.

Ademais, a violência doméstica e familiar contra a mulher constitui uma das formas de violação dos direitos humanos (art. 6º da Lei nº 11.340/06).

Se a razão desse grupo de agravantes se alicerça na maior facilidade encontrada pelo agente na execução do crime, deve o julgador perceber que haverá *bis in idem* se incidir outra circunstância que vise a reprová-lo pelo mesmo fim, ainda que sob outra denominação. Não poderia, assim, incidir a agravante “prevalhecimento de relações domésticas” e, simultaneamente, a agravante “recurso que dificultou a defesa da vítima”, partindo da mesma situação fática.

1.8 Abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão

A maior reprovabilidade se fundamenta pela maior facilidade na execução, bem como por traduzir maior descumprimento de dever por parte do

agente.⁴⁰⁰ As agravantes operam sobre a medida do injusto, revelando maior desvalor da ação.⁴⁰¹ O legislador pressupõe maior a reprovabilidade moral/social do delito em razão da confiança inerente à atividade exercida, bem como pela situação de vulnerabilidade frequentemente na qual se encontra a vítima.⁴⁰²

Na verdade, por deter a competência ou a habilidade para realizar a ação específica, o agente se vê em posição de superioridade em relação à vítima, o que a torna, em tese, vulnerável e, por conseguinte, com menor possibilidade de resistir o fato, justificando assim a agravante.

O abuso de poder ocorre quando o agente público excede no exercício de suas funções. Se o agente comete o crime de abuso de autoridade (arts. 3º ou 4º da Lei nº 4.898/65) não se considera a agravante. Da mesma forma quando o abuso de poder for elemento do tipo, como no art. 1º do Decreto-Lei 201/67. Nesse sentido:

Configura *bis in idem* a incidência da agravante inserta no art. 61, II, g, do Código Penal (ter o agente cometido o crime "com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão.") ao crime cometido por Prefeito *ratione officii* (Precedente).⁴⁰³

A segunda situação se refere a violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão. O agente desrespeita as normas relativas a sua atividade para cometer o delito.

Nos termos do art. 3º da Lei nº 8.112/90 (Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais), "cargo público é o conjunto de atribuições e responsabilidades previstas na estrutura organizacional que devem ser cometidas a um servidor".

Ofício é a atividade que envolve habilidade manual, ou, no dizer de Mirabete, é a "atividade remunerada predominantemente material ou manual (motorista, serralheiro, vigia etc.)".⁴⁰⁴

⁴⁰⁰ NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*. V. 1. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 253.

⁴⁰¹ PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 501.

⁴⁰² QUEIROZ, Paulo. *Direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 392.

⁴⁰³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1042595/SP, Relator Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 17/11/2009, DJe 29/03/2010.

⁴⁰⁴ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2004, p. 300.

Parte da doutrina sustenta que ofício deve ser interpretado no sentido de função pública.⁴⁰⁵ Para Boschi, é a “atividade pública autorizada a quem não detém cargo público. Como a dos leiloeiros oficiais. Equivale à função, atividade essencialmente provisória, dada a transitoriedade do serviço a que visam atender”.⁴⁰⁶ Ministério consiste em atividade religiosa, enquanto profissão significa atividade que visa ao lucro, intelectual ou técnica, tais como médico, dentista, advogado.

Como já ressaltado no item anterior, se adotarmos como exclusiva razão desse grupo de agravantes a maior facilidade encontrada pelo agente na execução do crime, deve o julgador perceber que haverá *bis in idem* se incidir outra circunstância que vise a reprovar pelo mesmo fim, ainda que sob outra denominação. Desse modo, não poderia incidir a agravante “violação de dever inerente a cargo” e, simultaneamente, a agravante “recurso que dificultou a defesa da vítima”, partindo da mesma situação fática.

Porém, se adotarmos que, além da facilidade para a execução, outro fundamento legitima este grupo de agravantes, como o “maior descumprimento de dever por parte do agente”, se torna possível a sua incidência cumulativamente com a do “recurso que dificultou a defesa da vítima”.

1.9 Criança, maior de 60 anos, enfermo e mulher grávida

Criança, nos termos do art. 2º da Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), é a pessoa até doze anos de idade incompletos. Para Damásio, “o juiz deve empregar um critério biológico, e não puramente cronológico, pois nem sempre a simples idade expõe a vítima a uma condição de inferioridade”.⁴⁰⁷

A Lei nº 10.741/2003 (Estatuto do Idoso) alterou o Código Penal substituindo a agravante “velho” por “maior de 60 anos”.⁴⁰⁸

⁴⁰⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 233-234.

⁴⁰⁶ BOSCHI, José Antônio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

⁴⁰⁷ JESUS, Damásio E. de. *Direito penal: parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 2003.

⁴⁰⁸ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm> Acesso em: 01 jan. 2013.

Enfermo é um conceito muito vasto e abrangente, pois envolve todo indivíduo que está acometido de alguma doença ou moléstia. Parte da doutrina admite interpretação extensiva para abranger deficientes físicos ou mentais.⁴⁰⁹

No que tange à mulher grávida, somente se justifica a sua incidência se existir pertinência do crime com a dificuldade de resistência da vítima. Damásio, malgrado afirmar que se trata de norma genérica e de aplicação irrestrita, aponta a crítica e diz que é condenável a opção legislativa da incidência a qualquer delito, ressaltando que a agravação deveria ser reservada somente a crimes cometidos contra mulher em estado de gravidez, como a lesão corporal.⁴¹⁰

Esse grupo de agravantes se fundamenta, no dizer de Juarez Cirino, na maior vulnerabilidade ou incapacidade de resistência ou defesa da vítima.⁴¹¹ Em Noronha, o foco é a maior periculosidade, assentada em sua covardia e perversidade.⁴¹²

Revela-se, assim, uma diferença ideológica de postura para fins de legitimação da agravante. Se para Cirino a tônica é a gravidade do fato (Direito Penal do fato), para Noronha encontra-se latente o Direito Penal de autor, uma vez que considera a maior periculosidade do agente para justificar a maior reprimenda.

Essa divergência representa séria dificuldade encontrada de operacionalização do sistema de dosimetria penal. Isso porque, se adotado o fundamento “maior vulnerabilidade ou incapacidade de resistência ou defesa da vítima”, seria injustificável a sua incidência simultânea com outra circunstância que possua o mesmo fundamento, sob pena de *bis in idem*. Ademais, neste caso, a pena relaciona-se preponderantemente com a sua função retributiva, voltada ao fato. Por outro lado, não ocorreria *bis in idem*, se o fundamento da agravante for a “maior periculosidade, assentada na sua covardia e perversidade”, já que aqui a razão imbrica-se com a função preventiva da pena.

⁴⁰⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 238.

⁴¹⁰ JESUS, Damásio E. de. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 564.

⁴¹¹ SANTOS, Juarez Cirino. *Direito penal: parte geral*. Curitiba: Lumen Juris, 2007, p. 577.

⁴¹² NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*. V. 1. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 254.

Por isso se mostra de extrema importância o descortinamento das razões de cada circunstância e coerência doutrinária e jurisprudencial. Sem essa precisão é inevitável que o ato judicial, embora motivado, se manifeste num ou outro sentido, gerando incerteza e, quiçá, excesso de poder punitivo estatal.

1.10 Ofendido sob a imediata proteção da autoridade

A agravante incide no caso de o agente praticar o crime contra alguém que se encontra sob a imediata proteção da autoridade. Exemplos: o particular agride uma pessoa que está sendo conduzida pela polícia em razão de prisão em flagrante; o particular invade a cadeia pública para agredir o preso.

Saliente-se que no crime de arrebatamento de preso (art. 353 do Código Penal) não incide a agravante por ser a custódia um elemento do crime. Caso contrário haveria *bis in idem*, em afronta ao art. 61, *caput*, do Código Penal.

O fundamento da agravante, no dizer de Damásio, é ter o agente demonstrado desrespeito com a autoridade pública, bem com pelo seu atrevimento.⁴¹³ Para Noronha, aqui se revela acentuada periculosidade do agente, tendo em vista que não vacila em delinquir.⁴¹⁴ De ver-se que essas colocações refletem a ideia de Direito Penal de autor na interpretação da legislação penal.

Na verdade, em tese, salvo circunstâncias excepcionais, ninguém espera ser atacado quando se encontra na esfera protetiva da autoridade pública. Desse modo, a agravante, numa visão aproximada de culpabilidade pelo fato, se justifica pelo elemento surpresa, que facilita, em alguns casos, a execução do crime. Ou seja, a maior reprovabilidade decorre da maior facilidade encontrada pelo agente.

Com efeito, se aceita essa única premissa como legítima, qual seja, a razão fundante ligada ao modo de execução, haveria o insustentável *bis in idem* no reconhecimento dessa agravante cumulada com a descrita no art. 61, II, 'c', do Código Penal (*“à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação, ou outro*

⁴¹³ COSTA JÚNIOR, Paulo José. *Curso de direito penal*. V. 1. Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 174.

⁴¹⁴ NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*. V. 1. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 254.

recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido”)⁴¹⁵, porquanto fincadas no mesmo fundamento. Por isso, deve o juiz se ater no fundamento de cada circunstância para evitar a dupla valoração.

1.11 Ocasão de incêndio, naufrágio, inundação ou qualquer calamidade pública, ou de desgraça particular do ofendido

Para Boschi, o agente que aproveita da tragédia para cometer delitos demonstra, insensibilidade moral, ausência de solidariedade humana, má índole, desumanidade e perversidade, a merecer maior intensidade na reação estatal.⁴¹⁶ Mais uma vez observa-se a justificação do agravamento em correntes voltadas a ideia de periculosidade do agente e não à culpabilidade pelo fato.

Dotti assinala que a reprovabilidade no caso da tragédia é mais acentuada em razão do agente aproveitar-se da dificuldade geral em favor da facilidade pessoal, e no caso da desgraça particular pela dificuldade de oferecer resistência.⁴¹⁷

Na verdade, tanto no caso de tragédia como na desgraça particular do ofendido, o fundamento para exasperação da pena é a maior facilidade na execução encontrada pelo agente, que se aproveita da situação de dificuldade da vítima. Por isso deve o juiz observar a razão de ser da circunstância para evitar a dupla valoração.

1.12 Estado de embriaguez preordenada

O agente se coloca em estado de embriaguez para cometer o crime. No escólio de Juarez Cirino dos Santos:

A embriaguez preordenada define hipóteses de embriaguez propositada ou intencional para realizar crime doloso determinado (dolo) – a hipótese principal da *actio libera in causa* –, porque inibe a censura pessoal do *superego*, liberando impulsos agressivos ou destruidores do *id*, por um lado, e amplia a sensação de coragem pessoal do *ego*, capaz de superar os debilitados bloqueios paralisadores do *superego*, por outro lado. Esses efeitos

⁴¹⁵ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm> Acesso em: 01 jan. 2013.

⁴¹⁶ BOSCHI, José Antônio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 219-220.

⁴¹⁷ DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 630.

resultam da ação inibidora do álcool ou substância equivalente sobre os mecanismos psíquicos de autocontrole e de censura pessoal, liberando a agressividade contida ou sublimada pela civilização individual.⁴¹⁸

Como o agente se coloca em estado de inimputabilidade para cometer o delito, impõe-se a aplicação da chamada teoria da *actio libera in causa* (ação livre na causa), ou seja, a culpabilidade do agente é aferida no momento em que se embriagou e não no momento do fato criminoso.

A teoria da *actio libera in causa* é extraída do art. 28, II, do Código Penal. Isso porque não se exclui a imputabilidade penal pela embriaguez voluntária ou culposa. Nas palavras de Mirabete, “trata-se de hipótese de *actio libera in causa*, que indica a maior periculosidade do agente”.⁴¹⁹ Segundo Luiz Regis Prado, o criminoso não é livre no momento da execução, embora fosse antes ao formular o propósito criminoso, revelando a sua notória periculosidade.⁴²⁰ No pensamento dos referidos autores, nota-se mais uma vez que o eixo central do discurso fundamentador é vinculado à ideia de periculosidade do agente, de sorte que a prevenção especial impera como função da pena.

Em Luiz Regis Prado, a tônica recai na culpabilidade pelo fato, ao afirmar que “tal circunstância denota maior reprovabilidade pessoal da conduta típica e ilícita, atuando assim sobre a medida da culpabilidade”⁴²¹, o que demonstra a existência de divergência doutrinária sobre as bases fundantes das circunstâncias legais.

1.13 Agravantes no concurso de pessoas

1.13.1 Precisão terminológica

O artigo 62 do Código Penal traz a rubrica “agravantes no caso de concurso de pessoas”.⁴²² Segundo Nucci, nem todas as hipóteses elencadas se

⁴¹⁸ SANTOS, Juarez Cirino. *Direito penal: parte geral*. Curitiba: Lumen Juris, 2007, p. 578-579.

⁴¹⁹ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2004, p. 301.

⁴²⁰ NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*. V. 1. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 254.

⁴²¹ PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. V. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 503.

⁴²² Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm> Acesso em: 01 jan. 2013.

referem ao concurso de pessoas, como ocorre na agravante da autoria mediata por meio de coação moral irresistível (art. 61, II, do Código Penal).⁴²³

De qualquer modo, havendo a contribuição, com ou sem vínculo subjetivo para o fato, o legislador estabelece certas agravantes direcionadas a pessoas que tiverem um comportamento mais reprovável.

1.13.2 Promove, ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes

Optou o legislador em punir mais severamente aquele que “promove, ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes”. *Promover* significa fomentar, causar, desenvolver, originar; *organizar* tem o sentido de constituir ou formar; *dirigir* significa conduzir ou comandar.

Na visão de Nucci, o mentor intelectual do fato é mais perigoso.⁴²⁴ Perfilhando dessa ideia, Mirabete assevera que se trata “de punir mais severamente o organizador, o chefe, o líder, o ‘cabeça pensante’ do delito, mais perigoso por ter tomado iniciativa do fato coordenado a atividade criminosa”.⁴²⁵

Paulo Queiroz traz um discurso voltado à gravidade do fato, ao assinalar que “merece maior censura, devendo sofrer pena agravada, afinal sua ação é essencial para o êxito da empreitada criminosa, cabendo-lhe em geral definir como e quando se dará a ação delituosa”.⁴²⁶ Fragoso⁴²⁷ se limita a dizer que é maior a culpa do agente e sua responsabilidade no evento.

Desse modo, se pode verificar que a doutrina não é uníssona quanto às bases em que se fincam as circunstâncias legais, vacilando entre ideias de periculosidade, e, assim, voltadas à função preventiva da pena, e à ação mais relevante, que se pode justificar pela maior reprovabilidade pelo fato.

⁴²³ NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 241.

⁴²⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 241.

⁴²⁵ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2004, 306.

⁴²⁶ QUEIROZ, Paulo. *Direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 394.

⁴²⁷ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte especial*. V. I. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 353.

De qualquer modo, aquele que promove, organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes possui um papel de destaque, de chefia, na ação global. A maior reprovabilidade pode ser manifestada tanto na fase preparatória quanto na executória.

1.13.3 Coage ou induz outrem à execução material do crime

A coação envolve um agente coator que intimida outrem (coagido) à execução material do crime. A coação pode se desdobrar em coação física ou moral irresistível, bem como em coação física ou moral resistível.

Na *coação física irresistível* o coator anula a vontade do coagido. Ocorre nas “hipóteses em que opera sobre o homem uma força de tal proporção que o faz intervir como uma mera massa mecânica”.⁴²⁸ O coagido, por não possuir vontade, não pratica conduta, ou seja, não há realiza os elementos do tipo. Essa modalidade de coação não justifica a aplicação da agravante, tendo em vista que não envolve um ato de vontade da outra pessoa.

Por sua vez, na *coação moral irresistível*, o coator não anula a vontade do coagido, mas apenas a vicia. O coagido, embora pratique fato típico e ilícito, é isento de pena (afasta-se a culpabilidade ante a inexigibilidade de conduta diversa). O coator responde pelo fato praticado pelo coagido (art. 22 do Código Penal).

Pode ainda se manifestar a conduta do agente em *coação resistível, moral ou física*. Neste caso, por ser resistível, o coagido pratica fato típico, ilícito e culpável. Vale registrar, desde já, que nesta situação o coagido terá a sua pena atenuada (art. 65, II, e, do Código Penal).

Para Jair Leonardo Lopes, a coação a que se refere o dispositivo em estudo não pode assumir a proporção da *coação moral irresistível*, porque seria punido apenas o coator. Para a incidência da agravante, deve haver punição também do coagido.⁴²⁹ Inclusive, punindo-se o coagido, a sua pena será atenuada

⁴²⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Enrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 433.

⁴²⁹ LOPES, Jair Leonardo. *Curso de direito penal: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 207.

(art. 65, III, c, do Código Penal), já que cometeu o delito “sob coação a que podia resistir”.

Na mesma linha compreensiva, Juarez Cirino dos Santos explica que a coação resistível impõe diferenciada responsabilidade penal entre coator e coagido, e no caso de coação irresistível configura situação de punição exclusiva ao coator e exculpação ao coagido na hipótese do art. 22 do Código Penal.⁴³⁰ Ou seja, resta a incidência para a hipótese de *coação resistível, seja física ou moral*.

Em sentido contrário vem Rogério Greco, afirmando a incidência tanto na hipótese de *coação irresistível* como na *coação resistível*.⁴³¹ Damásio vai mais adiante, uma vez que, além de admiti-la, sustenta que a coação constitui crime autônomo de constrangimento ilegal (art. 146 do Código Penal), de modo que o coator irá por este responder em concurso formal com o injusto penal praticado pelo coagido.⁴³² Mirabete faz expressa menção ao posicionamento de Damásio e o contraria afirmando que essa opinião leva ao *bis in idem*, já que a coação funciona como crime autônomo e agravante de outro delito.⁴³³

Em resumo: uma primeira posição sustenta que a agravante somente se aplica na hipótese de *coação resistível, seja moral ou física*; uma segunda argumenta que se aplica tanto na hipótese de *coação moral irresistível* como na hipótese de *coação resistível, seja moral ou física*; uma terceira corrente vai além desta última, sustentando que o agente ainda poderá responder por crime autônomo em razão do constrangimento.

Também agrava a pena em relação ao agente que induz outrem à execução material do crime. O induzimento ocorre com o convencimento do agente sobre o induzido no sentido de criar a ideia da prática do crime. Deflui-se, assim, que para o legislador, no plano delitivo global, é maior a reprovabilidade daquele que induz em relação ao que executa materialmente o fato.

⁴³⁰ SANTOS, Juarez Cirino. *Direito penal: parte geral*. Curitiba: Lumen Juris, 2007, p. 580-581.

⁴³¹ GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Impetus, 2011, p. 569.

⁴³² JESUS, Damásio E. de. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 494.

⁴³³ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2004, p. 306.

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

Instigar significa reforçar a ideia existente, ao passo que *determinar* significa ordenar a concretização do fato. A esfera de autoridade referida na agravante pode ser pública ou privada. São pessoas sujeitas à autoridade: os filhos menores em relação aos pais, tutelados em relação aos tutores, bem como, em um sentido amplo, os alunos em relação aos professores.⁴³⁴

Colhe-se da doutrina que a expressão 'não-punível' em virtude de condição ou qualidade pessoal se refere às hipóteses de isenção de pena de modo geral, como as de inimputabilidade (doença mental, menoridade).⁴³⁵

Rogério Greco alerta que o inciso se refere a 'não punível' e que a expressão não se confunde com inculpável (hipóteses de exclusão da culpabilidade). Não culpável se refere aos casos em que alguém praticou um fato típico, ilícito e culpável, mas que, em virtude de condição ou qualidade pessoal, não será punido. Trata-se de hipótese de exclusão da punibilidade e não da culpabilidade.⁴³⁶

1.13.5 Preço, recompensa ou promessa

Agrava-se a pena para aquele que executa o crime, ou nele participa, mediante paga ou promessa de recompensa. No crime de homicídio essa circunstância é prevista como qualificadora do delito (art. 121, § 2º, do Código Penal⁴³⁷). A agravante em questão revela o motivo torpe do delito. A especial motivação determina a maior gravidade da culpabilidade.⁴³⁸

Na verdade, é desnecessária a sua previsão diante do motivo torpe vir expressamente previsto no art. 61, II, a, do Código Penal. De qualquer modo, o juiz

⁴³⁴ QUEIROZ, Paulo. *Direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 395.

⁴³⁵ Conforme DELMANTO, Celso et al. *Código Penal comentado*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 294; QUEIROZ, Paulo. *Direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 395.

⁴³⁶ GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Impetus, 2011, p. 570.

⁴³⁷ BRASIL. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm> Acesso em: 01 jan. 2013.

⁴³⁸ MIR, José Cerezo. *Derecho penal: parte general*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 1019.

está impedido de incidir simultaneamente as duas agravantes, sob pena de *bis in idem*.

2 CIRCUNSTÂNCIAS ATENUANTES

Da mesma forma como as circunstâncias judiciais e agravantes, as atenuantes têm relação com o injusto, como o desvalor da ação ou do resultado, bem como podem refletir na menor culpabilidade do agente, ou serem eleitas por considerações político-criminais.

2.1 Agente menor de 21 anos, na data do fato, ou maior de 70 anos, na data da sentença

A idade justifica a menor culpabilidade. Isso porque, antes da plena maturidade ou pelo envelhecimento, o legislador reconheceu a existência da menor capacidade de entendimento da ilicitude do fato e de autodeterminação, mas não a ponto de afastar a própria culpabilidade ou incidir alguma causa de diminuição de pena.

No mesmo sentido Bacigalupo, ao tratar da atenuante da menoridade do Código espanhol, assinala que se trata de atenuação baseada na redução da culpabilidade por imaturidade, que ainda não é completa, de modo que se deve considerar um fator de atenuação da reprovabilidade em que se funda a culpabilidade.⁴³⁹

De forma precisa Aníbal Bruno expõe o tema:

Sabemos que o Direito Penal moderno é Direito Penal da culpabilidade e desta um dos elementos integrantes é a imputabilidade, a capacidade de entender o caráter criminoso do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento. A plenitude dos atributos em que se apóia a imputabilidade supõe um sistema mental amadurecido e não afetado por processo degenerativo como se manifesta comumente na velhice avançada. Essas situações de que nos ocupamos não conduzem geralmente à inimputabilidade ou à imputabilidade diminuída. Mas o Código atenta para

⁴³⁹ BACIGALUPO, Enrique. *Derecho penal: parte general*. 2. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 1999, p. 601.

elas e concede ao agente, nessas condições o benefício de uma atenuante obrigatória.⁴⁴⁰

Verifica-se no trecho acima um discurso calcado na culpabilidade, partindo de premissas orientadas pela teoria do delito, com total coerência sistêmica.

Para Boschi, o menor se encontra em fase de desenvolvimento no que se refere à sua personalidade e a *psique*, e esse aspecto deve interferir na menor reprovação da prática criminosa.⁴⁴¹ Não se preocupa o referido autor em justificar a atenuante nas teorias do delito ou da pena, mas apenas menciona a incompleta fase de desenvolvimento do menor, o que reflete, como em outros casos, despreocupação da doutrina em sistematizar as circunstâncias legais ou judiciais.

A jurisprudência vem reiteradamente decidindo que a atenuante da menoridade deve preponderar sobre qualquer outra circunstância, inclusive a reincidência.⁴⁴² Para efeitos penais, o reconhecimento da menoridade do réu requer prova por documento hábil (Súmula 74 do Superior Tribunal de Justiça).

O Estatuto do Idoso não alterou o Código Penal e deixou intacta a idade de 70 anos, perdendo a chance de reduzi-la para 60 anos. Juarez Cirino⁴⁴³, em sentido contrário, sustenta o emprego da analogia *in bonam partem* para permitir essa redução, já que ao atingir essa idade a lei estaria presumindo, de forma absoluta, que maturidade afetou e reduziu a capacidade de entender e querer do agente, justificando a menor reprovabilidade.

2.2 Desconhecimento da lei

O desconhecimento da lei é inescusável e não tem o condão de isentar o agente de pena (art. 21 do Código Penal). No momento em que a lei é publicada no Diário Oficial se presume que todos passam a conhecê-la. No entanto, é óbvio que se trata de uma ficção, pois na realidade muitas pessoas não irão ter o seu

⁴⁴⁰ BRUNO, Aníbal. *Direito Penal: parte geral*. T. 3. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 134.

⁴⁴¹ BOSCHI, José Antônio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 222.

⁴⁴² Precedente: “A atenuante da menoridade relativa prepondera sobre qualquer outra circunstância, inclusive sobre a reincidência, consoante pacífica jurisprudência desta Corte” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 162.216. Relatora Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 06/10/2011, DJe 17/10/2011).

⁴⁴³ SANTOS, Juarez Cirino. *Direito penal: parte geral*. Curitiba: Lumen Juris, 2007, p. 583.

conhecimento. Diante disso, o legislador optou por criar a atenuante desconhecimento da lei.

Entretanto, deve ser ressaltado que o art. 21 isenta de pena o agente na hipótese de erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável. Quando evitável, a pena poderá ser diminuída de um sexto a um terço.

Em razão disso, argumenta Juarez Cirino dos Santos que a atenuante:

é um remanescente esclerosado do *sistema causal* do Código Penal de 1940, ainda fundado na dicotomia do *erro de fato/erro de direito* e regido pelo princípio *ignorantia legis neminem excusat*: se o erro de direito é irrelevante, então o desconhecimento da lei seria atenuante. Mas o sistema finalista da reforma de 1984 introduziu a dicotomia *erro de tipo/erro de proibição*, regido pelo *princípio da culpabilidade* e fundado na relevância de erro de proibição *direto* (existência, validade e significado da lei penal), *indireto* (existência de justificação inexistente e limites jurídicos de justificação existente) e *de tipo permissivo* (representação errônea de situação justificante), com os seguintes efeitos: se *inevitável*, exclui a culpabilidade – e a pena; se *evitável*, pode reduzir a culpabilidade em todas as hipóteses, exceto no *erro de tipo permissivo*, em que o erro evitável exclui a forma *dolosa* e permite punição por *imprudência*, se previsto em lei – segundo a teoria da culpabilidade *limitada*, adotada pelo legislador.⁴⁴⁴

De fato, nosso Código Penal, ao ter se aproximado do finalismo de Welzel, deve observar as três categorias utilizadas no tocante ao erro de proibição, as quais conduzem à exclusão da culpabilidade (erro de proibição inevitável), à sua redução (erro de proibição evitável) ou à sua plena manutenção (erro de proibição crasso ou grosseiro).⁴⁴⁵

Em que pese a crítica ao Código Penal, entendemos que a única forma de aceitar a sua permanência em nossa legislação é reconhecer a sua incidência na hipótese de “erro de proibição grosseiro ou crasso”, situação em que a ilicitude e a lei são amplamente divulgadas e conhecidas pela sociedade, embora desconhecidas pelo agente, de sorte que não haverá isenção (erro de proibição inevitável) nem incidência de uma causa especial de diminuição de pena (erro de proibição evitável), restando, então, apenas o reconhecimento de uma circunstância atenuante (desconhecimento da lei).

⁴⁴⁴ SANTOS, Juarez Cirino. *Direito penal: parte geral*. Curitiba: Lumen Juris, 2007, p. 583-584.

⁴⁴⁵ PUIG, Santiago Mir. *Derecho penal: parte general*. 9. ed. Barcelona: Reppertor, 2011, p. 555.

2.3 Motivo de relevante valor social ou moral

Valor social significa interesse da coletividade, ao passo que *valor moral* expressa interesse particular do agente, mas como bem acentua Jair Leonardo Lopes “trata-se de crime cuja motivação está de conformidade com os padrões de valores morais do meio em que vive o agente, ou da própria classe social a que pertence”.⁴⁴⁶

Nesse aspecto Hungria assevera que o motivo de valor social ou moral “é de ser apreciado, não segundo a opinião ou ponto de vista do agente, mas com critérios objetivos, segundo a consciência ético-social geral ou senso comum”.⁴⁴⁷

Ao tratar do tema, Juarez Cirino destaca que o motivo pode impulsionar ações justificadas - excludentes de ilicitude -, outras vezes figurar como situação de exculpação supralegal (fato de consciência), ou, como no caso, ações fundadas em sentimentos de nobreza, de altruísmo ou de indignação pessoal.⁴⁴⁸

Em Hungria, observa-se influência do Direito Penal de autor ao explicar que o motivo pode rastrear a personalidade do agente e identificar o seu grau de anti-sociabilidade.⁴⁴⁹

2.4 Evitação das consequências ou reparação do dano

Trata o Código Penal de circunstâncias que se verificam *após* o delito. Para Aníbal Bruno revela o agente menor endurecimento no querer criminoso e certa sensibilidade moral, bem como um sentimento de humanidade e de justiça, que são manifestações da sua personalidade influentes na culpabilidade.⁴⁵⁰

Porém, independentemente de qualquer manifestação da personalidade, certo é que a medida adotada pelo agente para diminuir as consequências do crime mitigam a lesividade ao bem jurídico, reduzindo a culpabilidade e justificando a atenuação da pena.

⁴⁴⁶ LOPES, Jair Leonardo. *Curso de direito penal: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 210.

⁴⁴⁷ HUNGRIA, Nélon. *Comentários ao código penal*. V. V. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 124.

⁴⁴⁸ SANTOS, Juarez Cirino. *Direito penal: parte geral*. Curitiba: Lumen Juris, 2007, p. 585.

⁴⁴⁹ HUNGRIA, Nélon. *Comentários ao código penal*. V. V. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 123.

⁴⁵⁰ BRUNO, Aníbal. *Direito Penal: parte geral*. T. 3. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 140.

Ou seja, são circunstâncias que revelam um fator positivo a ser compensado na quantidade da pena. Essa compensação é uma consequência do princípio da culpabilidade, que requer uma pena proporcional à sua gravidade, considerando, assim, o efeito compensador dos fatores positivos pós-delito.

Cumpra aqui destacar a doutrina penal da “compensação da culpabilidade”, que se expressa em dois sentidos diversos: *compensação construtiva da culpabilidade* e *compensação destrutiva da culpabilidade*. A *construtiva* ocorre quando o autor reconhece a vigência da norma vulnerada e resolve adotar medidas positivas, como arrependimento e reparação do dano.⁴⁵¹

A *compensação destrutiva da culpabilidade* se verifica quando o autor recebe como consequência do delito um mal para compensar o mal causado, de modo a compensar, total ou parcialmente a sua culpabilidade. A consequência pode ser jurídica ou natural. Na perspectiva jurídica, a extinção da punibilidade pelo cumprimento da pena seria o modelo de compensação destrutiva da culpabilidade. Como pena natural, pode ser citado o exemplo do ladrão que se lesa durante o assalto. Com efeito, as circunstâncias pós-delitivas encontram, por parte da doutrina, fundamento na compensação da culpabilidade, bem como, para outro setor, por questões político-criminais, ou mesmo pelos dois fundamentos.⁴⁵²

Nos termos da legislação pátria, atenua-se a pena se o agente tiver procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitá-lo ou minorá-lo as consequências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano.

Na primeira hipótese (evitação das consequências) é necessária a *espontaneidade*, ou seja, que não haja pressão externa sobre o agente, bem como a *eficiência*. Além do que, prevê a lei o requisito temporal *logo após o crime* para a prática da ação de evitação ou minoração das consequências. Em relação à reparação do dano, o requisito temporal é mais extenso, qual seja, antes da sentença.

⁴⁵¹ BACIGALUPO, Enrique. *Derecho penal: parte general*. 2. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 1999, p. 602.

⁴⁵² BACIGALUPO, Enrique. *Derecho penal: parte general*. 2. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 1999, p. 602.

Frise-se que nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, reparado o dano ou restituída a coisa, até o recebimento da denúncia ou da queixa, por ato voluntário do agente, a pena será reduzida de um a dois terços (arrependimento posterior - art. 17 do Código Penal⁴⁵³) e não incidirá a atenuante.

Em casos específicos, a lei considera a reparação do dano como causa de extinção da punibilidade, a exemplo do art. 312, § 3º, do Código Penal (reparação do dano no crime de peculato culposo, se antes da sentença irrecorrível).

Para justificar normas penais que excluem a punibilidade pela reparação do dano pode-se socorrer ao princípio da subsidiariedade penal. Se outro meio de controle social menos lesivo for eficaz para solucionar o conflito a tutela penal passa a ser desnecessária e seu uso se torna ilegítimo e desproporcional.

2.5 Coação resistível, cumprimento de ordem de autoridade superior, ou influência de violenta emoção provocada por ato injusto da vítima

Na coação resistível o coator responde pelo crime com a pena agravada e o coagido com a pena atenuada. Na coação moral irresistível o coagido é isento de pena (art. 21 do Código Penal⁴⁵⁴), só respondendo o coator.

No cumprimento de ordem legal de autoridade superior não há crime. Se a ordem é não manifestamente ilegal, o subordinado que a cumpriu está isento de pena (art. 22 do Código Penal). Agora, se cumpriu ordem manifestamente ilegal, responde pelo delito, mas a pena será atenuada.

Nas duas hipóteses é menor a culpabilidade do agente por ser diminuída a capacidade de autodeterminação, reduzindo, assim, o grau de culpabilidade do agente. Se não houvesse previsão específica desta atenuante, o juiz iria considerar a coação ou o cumprimento da ordem na primeira fase do processo dosimétrico, ao analisar a circunstância judicial culpabilidade, uma vez que, como dito, se refere ao *grau* da culpabilidade.

⁴⁵³ BRASIL. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm> Acesso em: 01 jan. 2013.

⁴⁵⁴ BRASIL. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm> Acesso em: 01 jan. 2013.

Também é atenuada a pena quando tiver o agente cometido o crime sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima. A emoção não exclui a imputabilidade penal (art. 28 do Código Penal⁴⁵⁵), mas, dependendo do grau e de outras circunstâncias, pode ser elemento de norma minorante ou atenuante, já que afeta a capacidade de o agente entender a ilicitude do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento. Afeta, desse modo, o grau de culpabilidade do agente, justificando a atenuação.

O homicídio emocional (art. 121, § 1º, última parte, do Código Penal⁴⁵⁶) não se confunde com esta atenuante, pois nesta não se exige o domínio de violenta emoção, bastando a mera influência de violenta emoção e, ainda, não se exige o requisito temporal “logo em seguida” (imediatidade).

2.6 Confissão espontânea

Tema tormentoso é buscar o fundamento que inspira a opção legislativa de atenuar a pena pela confissão. Segundo Fragoso, o legislador é movido por razões de oportunidade e conveniência visando estimular o agente a colaborar com a justiça. Se confessar, irá revelar o arrependimento que se reflete na minoração da pena.⁴⁵⁷

Para Aníbal Bruno, visa a lei estimular o agente a confessar o fato punível e recompensá-lo pela colaboração com a justiça, ainda que com dano próprio, independentemente das razões que o levaram a isso, ou seja, se realmente arrependido ou ciente de que seria descoberto.⁴⁵⁸

Da mesma forma que na reparação do dano e na evitação das consequências, a confissão espontânea encontra seu fundamento na *compensação da culpabilidade* e por *questões político-criminais*.⁴⁵⁹ Representa um reconhecimento

⁴⁵⁵ BRASIL. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm> Acesso em: 01 jan. 2013.

⁴⁵⁶ BRASIL. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm> Acesso em: 01 jan. 2013.

⁴⁵⁷ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte especial*. V. I. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 359.

⁴⁵⁸ BRUNO, Aníbal. *Direito Penal: parte geral*. T. 3. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 143.

⁴⁵⁹ Perfilha de ser político-criminal a sua razão: MIR, José Cerezo. *Derecho penal: parte general*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 1011.

das consequências jurídico-penais e contribui na reparação da lesão jurídica.⁴⁶⁰

Para incidir a atenuante deve o agente confessar espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime. O primeiro requisito é que seja a confissão espontânea, ou seja, sem pressão externa, sem coação.

Na lição de Juarez Cirino, deve ser aquela decisão autônoma do autor, independentemente da natureza da motivação (egoísmo, altruísmo, nobreza etc), excluídas as heterônomas, como as oriundas de pressão ou de provas irrefutáveis, mas admite-se em caso de prisão em flagrante.⁴⁶¹

O Supremo Tribunal Federal já se pronunciou sobre a hipótese de prisão em flagrante e a espontaneidade da confissão, admitindo a atenuante:

CIRCUNSTANCIA ATENUANTE - CONFISSAO ESPONTANEA - PRISÃO EM FLAGRANTE. Sob a égide da disciplina anterior a reforma da parte geral do Código, ocorrida mediante a edição da Lei n. 7.209/84, a prisão em flagrante era de molde a excluir a configuração da circunstancia atenuante revelada pela confissão espontânea, que estava jungida as hipóteses em que a autoria do crime era ignorada ou imputada a outrem - alínea "d" do artigo 48. Com o abandono da irreal forma inicialmente adotada, pouco importa que o acusado tenha sido preso em flagrante. A simples postura de reconhecimento da pratica do delito e, portanto, da responsabilidade, atrai a observância, por sinal obrigatória, da regra insculpida na alínea "d" do inciso III do artigo 65 do Código Penal - "confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime". Tanto vulnera a lei aquele que exclui do campo de aplicação hipótese contemplada como o que inclui requisito nela não contido.⁴⁶²

O segundo requisito para seu reconhecimento é que a confissão seja realizada perante autoridade. Deve-se extrair uma leitura em sentido amplo, como delegados, juízes e promotores.

Se depois de confessado o crime perante a autoridade policial o agente retratar em juízo, não incidirá a agravante, salvo se o juiz a utilizar para fundamentar a condenação. Nesse sentido: "É assente nesta Corte a incidência da atenuante da confissão, ainda que haja retratação em juízo, desde que tenha concorrido para a

⁴⁶⁰ BACIGALUPO, Enrique. *Derecho penal: parte general*. 2. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 1999, p. 602-604.

⁴⁶¹ SANTOS, Juarez Cirino. *Direito penal: parte geral*. Curitiba: Lumen Juris, 2007, p. 587.

⁴⁶² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 69479, Relator Ministro Marco Aurélio, Segunda Turma, julgado em 10/11/1992, DJ 18-12-1992, p. 24376, ementa vol. 1689-02, p. 384.

condenação”.⁴⁶³

Tema interessante envolve a chamada confissão qualificada, que se dá quando o agente confessa a autoria, mas agrega alguma tese defensiva, como excludente de tipicidade, ilicitude ou culpabilidade.

O Supremo Tribunal Federal já decidiu que a confissão qualificada não afasta a atenuante, pois a lei não restringe a sua aplicação.⁴⁶⁴ Na lição de Boschi, não incide, uma vez que “o sentido da atenuante nada tem a ver com o mérito, e sim, com a disposição do agente de colaborar com a autoridade no pronto esclarecimento dos fatos”.⁴⁶⁵

O Superior Tribunal de Justiça não aceita a sua incidência, uma vez que, ao agregar teses defensivas, o agente não confessa o crime, mas tão somente a prática da conduta.⁴⁶⁶

De fato, é de se reconhecer a diferença entre a confissão da “autoria do crime” (atenuante) e confissão da “autoria de um fato considerado crime”. O legislador ao constar como circunstância atenuante ter o agente “confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime” optou que o delito deve existir em todos os seus extratos (ação, tipicidade, ilicitude e culpabilidade).

Isso quer dizer que o agente deve confessar a autoria do crime, considerado em todas as suas dimensões, e não somente do fato típico. Nessa perspectiva, se o agente agrega à sua confissão alguma tese excludente, estará confessando apenas a autoria da conduta e não a autoria do crime.

Outro ponto de destaque é a advertência que não se deve confundir a

⁴⁶³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 182.751/MG, Relatora Ministra Maria Thereza De Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 18/06/2012, DJe 29/06/2012.

⁴⁶⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 99436, Relatora Ministra Cármen Lúcia, Primeira Turma, julgado em 26/10/2010, DJe-235.

⁴⁶⁵ BOSCHI, José Antônio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 235.

⁴⁶⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 61468/SP, Relatora Ministra Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ/MG), Quinta Turma, julgado em 25/09/2007, DJ 15/10/2007, p. 308; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça Agravo Regimental no Recurso Especial nº 999783/MS, Relatora Ministra Maria Thereza De Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 08/02/2011, DJe 28/02/2011; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1164689/ES, Relator Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 06/11/2012, DJe 16/11/2012.

confissão com a delação premiada, prevista no próprio Código Penal (art. 159, § 4º)⁴⁶⁷ e em leis especiais (art. 8º, parágrafo único, da Lei nº 8.072/90⁴⁶⁸; art. 6º da Lei nº 9.034/90⁴⁶⁹; arts. 13 e 14 da Lei nº 9.807/99⁴⁷⁰).

Na delação, além da confissão, como o próprio nome diz, o agente delata os demais concorrentes, bem como a lei geralmente traz outros requisitos para seu reconhecimento. Em nossa legislação, a delação pode isentar o agente de pena ou se tratada como causa especial de diminuição de pena, a ser aplicada na terceira fase do processo dosimétrico.

Por fim, impende analisar se a confissão possui natureza pessoal ou se relaciona com algum fator objetivo. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, ao interpretar o art. 67 do Código Penal⁴⁷¹, desvinculou a confissão da personalidade do agente, e, assim, de sua natureza preponderante no momento da aplicação da pena:

A confissão espontânea é ato posterior ao cometimento do crime e não tem nenhuma relação com ele, mas, tão somente, com o interesse pessoal e a conveniência do réu durante o desenvolvimento do processo penal, motivo pelo qual não se inclui no caráter subjetivo dos motivos determinantes do crime ou na personalidade do agente.⁴⁷²

Por sua vez, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, em sentido diametralmente oposto, reconheceu a natureza pessoal da confissão espontânea. Em seu voto, o Ministro Ayres Brito argumentou:

penso que a assunção da responsabilidade pelo fato-crime, por aquele que tem a seu favor o direito a não se auto-incriminar, revela a consciência do descumprimento de uma norma social (e de suas consequências), não podendo, portanto, ser dissociada da noção de personalidade.⁴⁷³

⁴⁶⁷ BRASIL. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm> Acesso em: 01 jan. 2013.

⁴⁶⁸ BRASIL. Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm> Acesso em: 01 jan. 2013.

⁴⁶⁹ BRASIL. Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9034.htm> Acesso em: 01 jan. 2013.

⁴⁷⁰ BRASIL. Lei nº 9.807, de 13 de julho de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9807.htm> Acesso em: 01 jan. 2013.

⁴⁷¹ BRASIL. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm> Acesso em: 01 jan. 2013.

⁴⁷² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 106113, Relatora Ministra Cármen Lúcia, Primeira Turma, julgado em 18/10/2011.

⁴⁷³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 101909, Relator Ministro Ayres Brito, Segunda Turma, julgado em 28/02/2012, Acórdão Eletrônico DJe-119.

Na mesma linha vem a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, que reconheceu o caráter subjetivo da atenuante, vinculando-a à personalidade do agente: “É possível, na segunda fase do cálculo da pena, a compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea, por serem igualmente preponderantes, de acordo com o art. 67 do Código Penal”.⁴⁷⁴

Certo é que a confissão espontânea não guarda nenhuma relação com a execução do crime, pois é ato posterior à prática delitiva. Porém, é inegável que busca o legislador facilitar a instrução processual, concedendo em troca o benefício da atenuação da pena.

Trata-se de uma forma de compensação, até porque o réu está protegido por um sistema de garantias constitucionais, dentro do qual se encontra inserido o princípio da presunção da não-culpabilidade. Em muitos casos, sem a confissão, a pretensão punitiva seria ineficaz, de modo que a opção legislativa é voltada para atender ao interesse da persecução penal.

Desse modo, embora seja circunstância pessoal e incomunicável aos demais agentes no caso de concurso de pessoas, se adotada a premissa de que a confissão revela traços da personalidade do agente, automaticamente se aceita o Direito Penal de autor.

Na verdade, embora relacionada a uma decisão pessoal do agente, o fundamento da sua existência não é a revelação da personalidade, mas sim a compensação objetivamente realizada.

2.7 Influência de multidão em tumulto, se não o provocou.

Assenta-se a atenuante, segundo aponta a doutrina, na alteração de ânimo do agente, que é conduzido pela multidão em tumulto. Para Fragoso, é conhecida a forte influência exercida pela multidão sobre o estado psíquico do agente, que, isolado, não seria capaz de praticar a ação, de modo que se atenua a pena porque é menor a culpabilidade. No dizer de Aníbal Bruno:

⁴⁷⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 1154752/RS, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Terceira Seção, julgado em 23/05/2012, DJe 04/09/2012.

Já estudamos a influência que as multidões amotinadas exercem sobre os que dela fazem parte, perturbando e enfraquecendo os apoios de justa e moderada ponderação e arrebatando o indivíduo na corrente das paixões que dominam a massa em movimento. Então, a vontade ilícita do sujeito pode ser originariamente nula ou débil e indecisa, mas orientar-se e exaltar-se pela sugestão da alma coletiva. Mesmo aquele de mais fraca criminalidade pode cair da delinquência. O Direito atende a essa momentânea deformação da personalidade que sofre o indivíduo no seio da multidão e atenua-lhe a responsabilidade.⁴⁷⁵

Na verdade, apesar de o referido autor mencionar a deformação na personalidade, não é esta que se aquilata na dosagem da pena, mas sim a sua capacidade de agir ou não conforme o direito.

No caso, diante dessa circunstância, a lei presume que o estado de ânimo do agente afeta a sua capacidade de entendimento da ilicitude do fato e de autodeterminação, de modo que é menor o grau de culpabilidade, o que justifica a atenuação.

2.8 Atenuante inominada

A pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei.

Na visão de Fragoso, deve o juiz considerar qualquer circunstância relevante “com o fato ou com a pessoa do agente, que afete de forma significativa o merecimento da pena”.⁴⁷⁶ Boschi sustenta que jamais podem as circunstâncias ser concomitantes ao delito.⁴⁷⁷ A nosso ver, é limitada essa posição sustentada por Boschi, pois não se deve confundir a conduta criminosa em si, com seus efeitos colaterais, inclusive para o próprio agente.

Aqui pode ser considerada a “compensação destrutiva da culpabilidade” na vertente de pena natural, cabível quando o autor recebe um grave mal, distinto da pena estatal, como consequência do delito. Nesse caso, a culpabilidade do autor pode ser compensada pelas graves consequências do fato, de modo a atenuar a

⁴⁷⁵ BRUNO, Aníbal. *Direito Penal: parte geral*. T. 3. Rio de Janeiro: Forense, 1984. P. 144.

⁴⁷⁶ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte especial*. V. I. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 360.

⁴⁷⁷ BOSCHI, José Antônio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 237.

pena.⁴⁷⁸ Pode ser citado o exemplo do agente que, ao praticar o delito, se fere com a sua própria conduta.

Na visão de Paulo Queiroz, seriam exemplos a serem considerados as manifestações de arrependimento moral, as iniciativas de reduzir o sofrimento da vítima, a conversão da personalidade agressiva, bem como as atitudes de solidariedade humana demonstradas no curso do processo.⁴⁷⁹

O Código Penal alemão, em seu § 46, II, prevê dispositivo semelhante, mas restringe à circunstância ‘posterior’ ao fato. Ao comentar o dispositivo, Bockelmann e Volk citam como exemplos o processo de longa duração e uma “pré-condenação” pela mídia.⁴⁸⁰

Nessa linha de pensamento, o Projeto de Lei do Senado nº 236/12⁴⁸¹ (Novo Código Penal) avançou e passou a prever especificamente como atenuante ter o agente “sofrido violação dos direitos do nome e da imagem pela degradação abusiva dos meios de comunicação social”. Como essa circunstância atenuante ainda não possui previsão legal, nada impede que o juiz a leve em consideração na forma do art. 66 do Código Penal⁴⁸².

Asseveram Jescheck-Weigend que, segundo a opinião majoritária, o comportamento do agente posterior ao delito pode ser relevante tanto para a culpabilidade pelo fato como para necessidade preventiva. Na perspectiva da prevenção especial, tem-se o exemplo de o agente ter realizado curso de reciclagem para condutores depois de cometido um delito de trânsito sob efeito de álcool.⁴⁸³

Existe posição de ser o art. 66 do Código Penal o espaço jurídico para que se reconheça a chamada coculpabilidade. Zaffaroni e Pierangeli sustentam que certos indivíduos possuem menor âmbito de autodeterminação, condicionado por

⁴⁷⁸ BACIGALUPO, Enrique. *Derecho penal: parte general*. 2. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 1999, p. 603.

⁴⁷⁹ QUEIROZ, Paulo. *Direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 638.

⁴⁸⁰ BOCKELMANN, Paul; VOLK, Klaus. *Direito penal: parte geral*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 296.

⁴⁸¹ <http://www.senado.gov.br/atividade/Comissoes/comissao.asp?origem=&com=1603>.

⁴⁸² BRASIL. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm> Acesso em: 01 jan. 2013.

⁴⁸³ JESCHECK, HANS-HEINRICH; WEINGEND; THOMAS. *Tratado de derecho penal: parte general*. Granada: Comares, 2002, p. 963.

causas sociais, posto que a sociedade não brinda a todos com as mesmas oportunidades. Desse modo, no momento da reprovação da culpabilidade, há uma coculpabilidade com a qual a sociedade deve arcar.⁴⁸⁴

Sobre a temática, Grégore Moura, em precisa abordagem, discorre que:

a co-culpabilidade é uma mea-culpa da sociedade, consubstanciada em um princípio constitucional implícito da nossa Carta magna, o qual visa promover menor reprovabilidade do sujeito ativo do crime em virtude da sua posição de hipossuficiente e abandonado pelo Estado, que é inadimplente no cumprimento de suas obrigações constitucionais para com o cidadão, principalmente no aspecto econômico-social.⁴⁸⁵

Propõe Salo de Carvalho que a atenuante da coculpabilidade não deve se restringir à situação econômica do agente. Entende que as condições de formação intelectual são cruciais para aferir o grau de autodeterminação do sujeito. Frisa que não se está a realizar juízo sobre o 'ser' (Direito Penal de autor), mas sobre o fato (Direito Penal do fato), visto que a análise é centrada na real capacidade de conhecer, compreender e motivar sua conduta conforme o direito.⁴⁸⁶ Nesse ponto merece destaque que:

Se o conteúdo da culpabilidade é fornecido pela ideia de autodeterminação, se se trata de capacidade de o indivíduo motivar-se conforme a norma na concretude do caso, inegável que o grau de instrução (cultura) influencia sobremaneira o nível de percepção do sujeito (cognoscibilidade do ilícito) e na sua movimentação positiva ou negativa para o ato (exigibilidade de comportamento).⁴⁸⁷

O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais reconheceu a atenuante no julgado abaixo:

É de se reconhecer a circunstância atenuante inominada, descrita no art. 66 do Código Penal, quando comprovado o perfil social do acusado, desempregado, miserável, sem oportunidades na vida, devendo o Estado, na esteira da co-culpabilidade citada por Zaffaroni, espelhar a sua responsabilidade pela desigualdade social, fonte inegável dos delitos patrimoniais, no juízo de censura penal imposto ao réu. Tal circunstância

⁴⁸⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Enrique. *Manual de direito penal brasileiro. Parte Geral*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 611.

⁴⁸⁵ MOURA, Grégore. *Do princípio da co-culpabilidade no direito penal*. Niterói: Impetus, 2006, p. 01.

⁴⁸⁶ CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. *Aplicação da pena e garantismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 75.

⁴⁸⁷ CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. *Aplicação da pena e garantismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 78.

pode e deve, também, atuar como instrumento da proporcionalidade na punição, imposição do Estado Democrático de Direito.⁴⁸⁸

Uma situação pouco discutida na doutrina pátria e ainda não julgada pelos Tribunais Superiores é a possibilidade de se reconhecer como atenuante a grave violação de direitos fundamentais no transcorrer do processo, como a violação da garantia da razoável duração do processo. O fundamento nestes casos consistirá na violação do direito fundamental do acusado (circunstância posterior ao fato), que deverá ser compensada parcialmente na sua culpabilidade.⁴⁸⁹

Pode ainda ser mencionada a situação de defeito processual em que o acusado se vê como vítima de falso testemunho. Trata-se de uma forma de atenuação que não se relaciona com a diminuição da culpabilidade ou por questões preventivas, mas sim para compensar os defeitos processuais.⁴⁹⁰

3 CONSIDERAÇÃO CRÍTICA

Percebe-se realmente que as circunstâncias elencadas pelo legislador pátrio são passíveis de interpretação divergente quanto ao seu fundamento. Verifica-se também que a doutrina pouco explora a relação das razões das circunstâncias com as funções retributiva e preventiva da pena.

Diante dessa dificuldade ou carência dogmática apresentada, pode-se concluir que nosso sistema de determinação de pena não é satisfatório, pois falha no processo de interpretação e aplicação das circunstâncias, dificultando o dimensionamento da reprimenda e, por conseguinte, possibilitando a manifestação do excesso do poder punitivo.

⁴⁸⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Criminal 1.0702.06.296608-1/001, Relator Desembargador Alexandre Victor de Carvalho, 5ª Câmara Criminal, julgamento em 27/03/2007, publicação da súmula em 14/04/2007.

⁴⁸⁹ BACIGALUPO, Enrique. *Derecho penal: parte general*. 2. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 1999, p. 610.

⁴⁹⁰ JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND; Thomas. *Tratado de derecho penal: parte general*. Granada: Comares, 2002, p. 968.

CAPÍTULO V CAUSAS DE DIMINUIÇÃO E DE AUMENTO

Como analisado no Capítulo II, o legislador destaca certas circunstâncias e utiliza a técnica de as pontuarem especificamente no próprio tipo penal de modo a afetar a dosimetria da pena.

O julgador tem o papel de dosar a pena concreta. Nessa função, aplica a pena-base, observando as circunstâncias judiciais, e, na sequência, analisa e incide as atenuantes e agravantes porventuras existentes, para, então, passar para a terceira fase, na qual incidirão eventuais causas de diminuição ou de aumento.

O que se nota na prática, por ausência de aprofundamento nas razões das circunstâncias, sejam judiciais, legais ou majorantes e minorantes, é a ocorrência do odioso *bis in idem*, ou, mesmo, a incorreta interpretação da sua existência em hipóteses que, de fato, somente aparentemente se verifica.

Abaixo, são colacionadas da jurisprudência três hipóteses em que se observa a tese do *bis in idem* em confusão justamente com as razões da aplicação de cada circunstância, de modo que se torna imperiosa uma análise detalhada de cada caso.

1 CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS

Com o advento da nova Lei de Drogas o legislador optou por tratar de forma distinta os tipos de traficantes, de modo a privilegiar aquele que seja primário,

de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.⁴⁹¹

Ou seja, mesmo em se tratando de fato considerado de extrema lesividade considerado objetivamente, como o tráfico de drogas, em razão de condições ou circunstâncias de natureza pessoal, a medida da pena poderá ser reduzida.

Deflui-se da norma a intenção legislativa de beneficiar aquele que está iniciando no campo da criminalidade e ainda se mostra como pequeno traficante. Nesse sentido é a posição do Superior Tribunal de Justiça:

1. A aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 não afasta a hediondez do crime de tráfico de drogas, uma vez que a sua incidência não decorre do reconhecimento de uma menor gravidade da conduta praticada e tampouco da existência de uma figura privilegiada do crime. 2. A criação da minorante tem suas raízes em questões de política criminal, surgindo como um favor legislativo ao pequeno traficante, ainda não envolvido em maior profundidade com o mundo criminoso, de forma a propiciar-lhe uma oportunidade mais rápida de ressocialização. 3. Recurso especial provido para reconhecer o caráter hediondo do delito de tráfico de drogas, mesmo tendo sido aplicada a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, e para determinar que, na aferição do requisito objetivo para a progressão de regime, seja observado o disposto no art. 2º, § 2º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação atribuída pela Lei n. 11.464/2007, ficando restabelecida a decisão do Juízo da Execução.⁴⁹²

Trata-se, como se percebe, de medida relacionada aos fins preventivos especiais da pena, voltada à ressocialização do criminoso de baixa periculosidade. Ao incidir a redução, possibilita-se o regime inicial de menor severidade, como o aberto, e até mesmo a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Com efeito, partindo do pressuposto de que a minorante visou a beneficiar o pequeno traficante, e uma vez preenchidos os requisitos legais, se torna obrigatória a sua redução. O passo seguinte é saber quais critérios deverá o julgador

⁴⁹¹ BRASIL. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. “Art. 33, § 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm> Acesso em: 01 jan. 2013.

⁴⁹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1329088/RS, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Terceira Seção, julgado em 13/03/2013, DJe 26/04/2013

levar em consideração para fixar o *quantum* da redução, tendo em vista que o legislador estabeleceu a variação de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços).

No raciocínio vinculativo das razões da minorante, do qual o julgador deve se ater, a maior ou menor quantidade de pena não pode ser afastada da orientação preventiva especial de ressocialização. Isso significa que, para aquilatar se o agente se qualifica ou não como pequeno traficante, é possível se utilizar como parâmetro de aferição a quantidade e natureza da droga.

Nesse momento, a consideração da natureza e quantidade da droga não se relacionam com a lesividade ao bem jurídico (saúde pública), mas sim para aferição do grau do envolvimento do agente na atividade.

Ressalte-se, já que nesse ponto surgirá a celeuma do *bis in idem*, que a quantidade e natureza da droga, na verdade, seriam consideradas *bis in idem* e proibida no processo dosimétrico, se fossem aferidas duplamente para a mesma finalidade, como, por exemplo, para fins exclusivos de nível da lesividade do bem jurídico tutelado.

Isso quer dizer que, o juiz, em observância ao art. 42 da Lei nº 11.343/2006⁴⁹³, deve considerar a natureza e a quantidade da droga na primeira fase de aplicação da pena. Mesmo se não houvesse essa previsão legal específica, o julgador, como circunstância judicial, nas “consequências do crime”, poderia levar em consideração o grau de lesividade ao bem jurídico, e, como tal, o parâmetro seria a quantidade e a natureza do objeto material sobre o qual recai a conduta, isto é, a droga.

Posteriormente, na terceira fase, uma vez reconhecida a minorante, deve o juiz considerar como critério para a fixação do *quantum* a situação pessoal do agente (ser pequeno traficante) e, para isso, o parâmetro utilizado poderá ser a quantidade e natureza da droga.

⁴⁹³ BRASIL. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. “Art. 42. O juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente”. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11343.htm> Acesso em: 01 jan. 2013.

Esse raciocínio, ao contrário do que se pode pensar, não conduz ao combatido *bis in idem*. Entretanto, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, posiciona-se no sentido que:

Quantidade e qualidade da droga apreendida são circunstâncias que devem ser analisadas na 1ª fase de individualização da pena, nos termos do art. 42 da Lei 11.343/2006, sendo impróprio invocá-las por ocasião de escolha do fator de redução previsto no § 4º do art. 33, sob pena de *bis in idem*.

Ao contrário do restou decidido pela Suprema Corte, na primeira fase do sistema dosimétrico, a natureza e a quantidade da droga são utilizadas para balizar o grau da consequência do crime como medida de lesividade ao bem jurídico tutelado. O objetivo na primeira etapa é a maior ou menor gravidade concreta do crime.

Na terceira fase, por sua vez, o que se valora não é a lesividade ao bem jurídico, mas sim o próprio agente, e, para isso, leva-se em conta a natureza e quantidade da droga para fins de comprovação do grau de habitualidade da conduta criminosa e de sua qualidade de pequeno traficante. Trata-se, aqui, portanto, de fator determinante do grau de ocasionalidade da atividade a justificar uma maior ou menor redução de pena voltada à ressocialização.

Com toda certeza haveria *bis in idem* se a razão da minorante se fundasse na gravidade objetiva do crime. Isso poderia se extraído se os requisitos para a sua concessão se vinculassem a dados objetivos, relacionados ao fato e à droga, como a natureza e quantidade. Aí sim a dupla valoração da quantidade e natureza seria proibida por conduzir à mesma finalidade, que seria a aferição da lesividade ao bem jurídico tutelado.

Apenas *ad argumentandum tantum*, nada impede que uma determinada conduta se amolde a mais de um tipo penal, como ocorre no denominado concurso formal de crimes, independentemente de qualquer ofensa ao princípio *ne bis in idem*. Isso porque uma única conduta pode lesar bens jurídicos distintos. Da mesma forma, nada impede que uma mesma situação fática se amolde a mais de uma circunstância, seja judicial, legal, minorante ou majorante, mas desde que esse fator seja utilizado para finalidades distintas.

No caso, o fator quantidade e natureza da droga é utilizado para aferir as consequências do crime/lesividade do bem jurídico e também para fins da situação pessoal do agente (pequeno traficante), de sorte a afastar qualquer discurso deslegitimador.

2 EMPREGO DE ARMA NO CRIME DE ROUBO

No crime de roubo é prevista causa de aumento na hipótese de a violência ou ameaça ser exercida com o emprego de arma.⁴⁹⁴

Inicialmente é importante destacar que o crime de roubo, apesar de estar inserido no catálogo dos delitos contra o patrimônio, contempla também a tutela da integridade física e da liberdade. Essa proteção é revelada nas elementares relacionadas ao meio de execução (violência ou grave ameaça).

Com isso, a nosso sentir, e de acordo com abalizado setor doutrinário, uma das razões da majorante é a maior gravidade da conduta diante da maior potencialidade lesiva, uma vez que o agente, por meio da arma, aqui considerada como qualquer instrumento capaz de produzir dano ou atemorização a outrem, poderá, além da lesão ao patrimônio, atingir a integridade física ou a liberdade de ação da vítima. Com efeito, a própria pessoa da vítima é exposta a perigo, de modo a justificar uma maior reprimenda.

Não se pode deixar de expor também que a intimidação manifestada com a grave ameaça é perfeitamente mensurável, de modo a admitir sua medida na modulação da pena. Assim, a grave ameaça exercida com emprego de arma tem maior capacidade de intimidar que uma grave ameaça por outro meio normal. Isso quer dizer que o legislador destacou uma modalidade em que o agente, na situação de constrangimento da vítima, utiliza-se de uma forma que se traduz em maior poder de intimidação, acarretando em maior lesividade ao bem jurídico liberdade física e

⁴⁹⁴ BRASIL. Código Penal. “Art. 157, § 2º - A pena aumenta-se de um terço até metade: I - se a violência ou ameaça é exercida com emprego de arma”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm> Acesso em: 01 jan. 2013.

psíquica (capacidade de autodeterminação) e, por conseguinte, refletindo na maior facilidade na execução do delito.

Ao tratar do tema, Nelson Hungria aduz que:

Por *armas* se deve entender não só as propriamente tais ou em sentido técnico (especialmente destinadas ao ataque ou defesa), como qualquer instrumento apto a lesar a integridade física (ex.: uma barra de ferro, um furador de gelo, um macete, etc.) Não é preciso que a arma seja efetivamente manejada, bastando que seja portada ostensivamente, como uma ameaça implícita. A ameaça com uma arma ineficiente (ex.: revólver descarregado) ou fingida (ex.: um isqueiro com feitiço de revólver), mas ignorando a vítima tais circunstâncias, não deixa de constituir a majorante, pois a *ratio* desta é a *intimidação* da vítima, de modo a anular-lhe a capacidade de resistir. Pela mesma razão, é irrelevante indagar se o agente, ao empunhar ameaçadoramente mesmo uma arma eficaz, estava, ou não, apenas *simulando* o propósito de atacar a vítima, desde que esta efetiva e razoavelmente se intimidou.⁴⁹⁵

Pode-se extrair que a *ratio* sustentada pelo referido autor é o *poder de intimidação*, o qual afeta a capacidade de resistência da vítima e torna o delito mais grave. Diga-se que a maior gravidade não é considerada tendo como parâmetro o crime de furto, mas sim o próprio crime de roubo em que a grave ameaça é exercida sem o emprego de arma. Trata-se, assim, de um modelo que pode ser chamado de teoria subjetiva, cuja explicação para a incidência da majorante se dá pela maior capacidade de intimidação e, assim, de rendição da vítima.

Não se pode deixar de constar a posição divergente no sentido que a única razão da circunstância reside na maior probabilidade de dano, de forma que é imprescindível a demonstração da idoneidade ofensiva, revelando uma teoria objetiva, que despreza a intimidação da vítima para incidir a majorante. Para essa posição, é inadmissível a interpretação no sentido de ser a arma qualquer instrumento capaz de atemorizar outrem ou com poder de intimidação, como ocorre com a arma de brinquedo. Outrossim, como sustenta Damásio, “o meio executório (emprego de arma de brinquedo) integra a ‘grave ameaça’, ficando esta absorvido”.⁴⁹⁶

⁴⁹⁵ HUNGRIA, Nélon. *Comentários ao código penal*. V. VII. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 58.

⁴⁹⁶ JESUS, Damásio Evagelista. *Direito penal: parte especial*. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 341.

Do raciocínio acima, apesar de não anuírmos, é aceitável a tese de limitar a interpretação no sentido de que “arma” seria apenas instrumento lesivo, mesmo que não fabricada para ataque ou defesa (como arma de fogo, lança e espada) e que, em razão do princípio da legalidade, não alcançaria outros instrumentos, ainda que capazes de atemorizar a vítima. Essa interpretação, por si só, já se mostra extensiva, pois permite considerar como arma objetos que não foram fabricados para ataque ou defesa, como facas de cozinha, estiletes etc, mas que trazem em si potencialidade lesiva.

Porém, mesmo que o legislador suprisse a lacuna e acrescentasse uma cláusula genérica com o seguinte teor: “I - se a violência ou ameaça é exercida com emprego de arma *ou qualquer outro instrumento com potencial lesivo ou capaz de gerar intensa intimidação à vítima*”, adotando, com isso, também a *ratio* do poder de intimidação, ainda restaria a tese da configuração do *bis in idem*, sob o argumento de que a grave ameaça já constitui elemento da figura típica, constante do *caput* e do § 1º do art. 157.

Nesse sentido, a tese se fincaria na dupla valoração da grave ameaça, ora para reconhecimento do crime de roubo (elementar do crime), ora para aumentar a pena (circunstância majorante). Na verdade, esse fundamento foi utilizado no julgado do Superior Tribunal de Justiça para cancelar a sua Súmula nº 174 (“No crime de roubo, a intimidação feita com arma de brinquedo autoriza o aumento da pena”):

O aumento especial de pena no crime de roubo em razão do emprego de arma de brinquedo (consagrado na Súmula 174-STJ) viola vários princípios basilares do Direito Penal, tais como o da legalidade (art. 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal e art. 1º, do Código Penal), do *ne bis in idem*, e da proporcionalidade da pena.⁴⁹⁷

O que se nota é uma confusão entre determinada *situação fática* e o *rótulo jurídico* a ela conferido, bem como a *valoração finalística* que lhe pode ser dada.

⁴⁹⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 213054/SP, Relator Ministro José Arnaldo Da Fonseca, Terceira Seção, julgado em 24/10/2002, DJ 11/11/2002, p. 148.

Frise-se, pela importância do tema, que não se deve confundir a existência da elementar (violência ou grave ameaça), com o seu alcance ou nível de lesividade. O alcance não só pode como deve ser modulado na medição da pena sem que isso venha a ser atribuído como *bis in idem*. A existência dos elementos não fundamenta a agravação da pena, mas sim o seu alcance.⁴⁹⁸

Como já abordado, não é possível ao legislador no plano abstrato dimensionar as várias possibilidades de lesividade ao bem jurídico, mesmo diante de um mesmo comportamento descrito no tipo penal. O esgotamento da lesão alcança a pena máxima cominada, mas para se chegar a essa medida deve-se ponderar as consequências do caso concreto.

Tanto é assim que, muitas vezes, o próprio legislador destaca certo nível de lesividade relacionado à elementar e cria uma causa de aumento ou qualificadora. No próprio crime de roubo, se da “violência” (elementar) resulta lesão corporal grave, o tipo penal prevê uma qualificadora específica. Se o nível da violência fosse impeditivo de aferir as suas consequências ao bem jurídico que se quis tutelar - no caso, a pessoa da vítima-, não poderia ter o legislador criado a aludida qualificadora.

Assim, partindo do pressuposto de que o aumento da pena é justificado pelo poder ofensivo à pessoa ou pelo poder ofensivo à liberdade de agir, essa situação fática (emprego de arma ou outro instrumento capaz de atemorizar outrem) pode ser rotulada como circunstância majorante, considerando a sua razão de ser (maior poder de intimidação no caso concreto) e, ainda, rotulada como instrumento da grave ameaça.

Não se deve perder de vista que a existência da elementar (grave ameaça) pode se manifestar por várias modalidades. Ocorrendo de forma mais intensa, como no caso de utilização do objeto capaz de atemorizar a vítima e reduzir com maior eficácia a sua resistência, o bem jurídico liberdade física e psíquica, protegido no tipo penal, é lesado de forma mais intensa, de sorte que o juiz deve levar esse fator (situação fática) em consideração na fixação da pena. Evidente que,

⁴⁹⁸ JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal: parte general*. Granada: Comares, 2002, p. 972.

diante da previsão específica, a rotulação legislativa foi de majorante ou causa de aumento, a incidir na terceira fase do processo dosimétrico.

A título de compreensão, se não houvesse a previsão legal da majorante, essa situação fática (emprego de arma ou outro instrumento capaz de atemorizar outrem) deveria ser utilizada para fins de aferição da pena-base, sob o rótulo de circunstância judicial, referente à “circunstância do crime”, a qual se imbrica com o meio de execução justificador da maior grau de lesividade ao bem jurídico liberdade psíquica e física da pessoa, ou, ainda da integridade física no caso de efetiva idoneidade lesiva.

Independentemente de nossa exposição, certo é que após o cancelamento da referida súmula 174 do Superior Tribunal de Justiça, iniciou-se intenso debate jurisprudencial acerca da necessidade de apreensão e perícia da arma, uma vez que o temor da vítima pela intimidação no emprego da arma se tornou insuficiente para aplicação da majorante.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, desde o julgamento proferido em 19.02.2009, firmou posição no sentido da dispensabilidade da apreensão e perícia da arma, mas desde que seja comprovado o seu emprego. No caso de arma de fogo, foi decidido que o potencial ofensivo integra a própria natureza do artefato, de sorte que a lesividade do instrumento se encontra *in re ipsa*. Se o Ministério Público comprovar o emprego da arma por qualquer meio, caberá ao acusado, se for do seu interesse, demonstrar a ausência de lesividade do instrumento.

I - Não se mostra necessária a apreensão e perícia da arma de fogo empregada no roubo para comprovar o seu potencial lesivo, visto que tal qualidade integra a própria natureza do artefato. II - Lesividade do instrumento que se encontra *in re ipsa*. III - A qualificadora do art. 157, § 2º, I, do Código Penal, pode ser evidenciada por qualquer meio de prova, em especial pela palavra da vítima - reduzida à impossibilidade de resistência pelo agente - ou pelo depoimento de testemunha presencial. IV - Se o acusado alegar o contrário ou sustentar a ausência de potencial lesivo da arma empregada para intimidar a vítima, será dele o ônus de produzir tal prova, nos termos do art. 156 do Código de Processo Penal. V - A arma de fogo, mesmo que não tenha o poder de disparar projéteis, pode ser empregada como instrumento contundente, apto a produzir lesões graves. VI - Hipótese que não guarda correspondência com o roubo praticado com

arma de brinquedo. VII - Precedente do STF. VIII - Ordem indeferida.⁴⁹⁹

A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça adotou a mesma linha do Supremo Tribunal Federal:

I - Para a caracterização da majorante prevista no art. 157, § 2º, inciso I, do Código Penal, prescinde-se da apreensão e realização de perícia em arma utilizada na prática do crime de roubo, se por outros meios de prova restar evidenciado o seu emprego. Precedentes do STF. II - Os depoimentos do condutor, da vítima, das testemunhas, bem como qualquer meio de captação de imagem, por exemplo, são suficientes para comprovar a utilização de arma na prática delituosa de roubo, sendo desnecessária a apreensão e a realização de perícia para a prova do seu potencial de lesividade e incidência da majorante. III - A exigência de apreensão e perícia da arma usada na prática do roubo para qualificá-lo constitui exigência que não deflui da lei resultando então em exigência ilegal posto ser a arma por si só -- desde que demonstrado por qualquer modo a utilização dela - instrumento capaz de qualificar o crime de roubo. IV - Cabe ao imputado demonstrar que a arma é desprovida de potencial lesivo, como na hipótese de utilização de arma de brinquedo, arma defeituosa ou arma incapaz de produzir lesão. V - Embargos conhecidos e rejeitados, por maioria.⁵⁰⁰

Ou seja, apesar de trilhar a posição da teoria objetiva, os Tribunais Superiores exigem prova acerca do uso e não da efetiva potencialidade lesiva da arma, o que passa a ser incoerente. No caso de arma de fogo, se o agente usar arma de brinquedo, que aparente ser real, poderá incidir a majorante mesmo diante da inidoneidade para produzir disparos. Isso porque bastará a testemunha, ou mesmo a vítima, afirmar que houve o uso de arma para se presumir, de forma falsa, a capacidade lesiva.

De qualquer sorte, enquanto não houver a devida atenção para o tema da diferença entre elementos do tipo e a possibilidade de sua mensuração (alcance ou grau de presença), doutrina e jurisprudência ainda se debaterão na tese do *bis in idem*, conduzindo a interpretações equivocadas e que nada contribuem para o melhoramento do sistema de determinação das penas.

⁴⁹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 96099, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 19/02/2009, DJe-104, divulgado em 04/06/2009, publicado em 05/06/2009. LEXSTF v. 31, n. 367, 2009, p. 410-427. RJTJRS v. 45, n. 278, 2010, p. 44-55.

⁵⁰⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência do Recurso Especial nº 961863/RS, Relator Ministro Celso Limongi (Desembargador Convocado do Tribunal de Justiça de São Paulo), Relator para Acórdão Ministro Gilson Dipp, Terceira Seção, julgado em 13/12/2010, DJe 06/04/2011.

3 RELAÇÕES FAMILIARES, LEGAIS E DE AUTORIDADE NOS CRIMES CONTRA VULNERÁVEIS

O artigo 226 do Código Penal prevê um aumento de pena de metade se o agente é ascendente, padrasto ou madrasta, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título tem autoridade sobre ela.⁵⁰¹

A doutrina penal não se mostra coerente na explicação das razões que fundamentam a majorante. Noronha⁵⁰² indica o maior alarma social produzido pelo crime; a maior ofensa à moral e aos bons costumes, bem como a maior periculosidade social do delinquente. Em relação ao padrasto, preceptor e empregador, justifica-se o motivo da majorante na posição vantajosa que o agente desfruta diante da vítima, facilitando o crime.

Segundo Damásio⁵⁰³, o fundamento da exasperação é o fato de o agente ser orientador da vítima e ter o dever legal de cuidado, ou por ter condições de influir em sua vontade em virtude das relações domésticas. Na visão de Fragoso,⁵⁰⁴ o aumento se justifica pela violação de preexistente dever ou pelo abuso das condições de superioridade.

Para Amilton Bueno, a relação de ascendência refere-se “ao ‘simbólico pai’: o terceiro que rompe a relação simbiótica/mãe/filho, possibilitador do filho poder reconhecer a existência do outro e, como consequência, a sua própria individualidade”; a majorante referente ao *irmão* é justificada pela relação familiar (horizontal); as relações legais (tutor ou curador) se justificam pelo vínculo de dependência especial existente entre autor e vítima; em relação ao preceptor ou empregador, a exasperação se legitima pela autoridade em nível tal que possa gerar

⁵⁰¹ BRASIL. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm> Acesso em: 01 jan. 2013.

⁵⁰² NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*. V. 3. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 203.

⁵⁰³ JESUS, Damásio E. de. *Direito penal: parte especial*. V. 3. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 159.

⁵⁰⁴ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte especial*. V. II. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, 45.

diferenciada sujeição.⁵⁰⁵

A nosso sentir, em todas as hipóteses, a razão preponderante é a maior facilidade encontrada pelo agente na prática do crime em virtude do poder exercido diante da vítima ou pela quebra do abuso de confiança formada nas relações elencadas.

Questão interessante surge na hipótese do dever legal de cuidado. Imaginemos a mãe que percebe que a filha menor de 14 anos será estuprada e nada faz para evitar o crime, quando perfeitamente podia agir. Em razão do art. 13, § 2º, a, do Código Penal⁵⁰⁶, responderá pelo resultado, já que contribuiu para o crime com sua omissão. Pergunta-se: se incidir a majorante do art. 226 do Código Penal haverá *bis in idem*?

Na verdade, a situação fática representada pela particular condição da agente (ser mãe) pode ser utilizada para rotulá-la como garante e, assim, incidir a cláusula de equivalência do art. 13, § 2º, “a”, do Código Penal, bem como a causa aumento de pena, sem que isso se conduza ao *bis in idem*.

Não se deve confundir determinada *situação fática* (qualidade específica de ser mãe/relação de ascendência) e o *rótulo jurídico* a ela conferido, bem como a *valoração finalística* que lhe pode ser dada.

Deve ser levado em consideração que o crime de estupro não contém em suas elementares básicas a qualidade específica do agente relacionada às relações familiares, de sorte que é plenamente justificável a majorante em razão da maior reprovabilidade quando se apresenta no caso concreto.

No caso citado, a qualidade de mãe foi utilizada para equiparar a sua omissão a uma ação. Ao assim se proceder, afirma-se que a mãe concorreu para o crime executado por outrem ao deixar de evitá-lo quando podia e devia agir, e, assim, tornando possível a incidência da regra do concurso de pessoas.

⁵⁰⁵ CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. *Aplicação da pena e garantismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 63.

⁵⁰⁶ BRASIL. Código Penal. “Art. 13, § 2º - A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem: a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; (...)”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm> Acesso em: 01 jan. 2013.

A mãe, em razão do seu dever legal de cuidado, vigilância e proteção, podia e devia agir para evitar o resultado, mas manteve-se inerte, de modo que sua omissão equivale a uma ação de concorrer para o crime (poder de evitação).

Com efeito, a qualidade de mãe pode ser perfeitamente valorada para fins de tipificação e como majorante, máxime em razão de o tipo penal, em sua forma comissiva, não exigir a qualidade de “ascendente” como elementar.

CONCLUSÃO

A tutela penal deve ser norteada pelo modelo de Estado Democrático, de tal forma que há de se observar um Direito Penal igualmente constitucional e democrático, garantidor dos direitos fundamentais, tanto da vítima quanto do agente, alçando o bem jurídico como seu elemento nuclear.

Verificou-se que a doutrina penal se debruça de forma predominantemente na teoria do delito e cruza os braços ou não se aprofunda em pontos cruciais na teoria da pena, despreocupando-se, por conseguinte, com as consequências da própria infração penal.

Na tarefa legislativa de cominação da pena, assim como na criação das circunstâncias a serem observadas pelo juiz, deve o legislador se orientar predominantemente pelo critério de dignidade e lesividade do bem jurídico, conduzindo à determinação judicial da pena norteada pelo marco legal punitivo e as circunstâncias legais indicadas, em sintonia com a gravidade do fato, conformando-se os critérios legais com a realidade fática.

Conforme analisado, a legislação pátria adotou um sistema de determinação de pena em que existe harmonia nas tarefas legislativa e judiciária. Isto porque, se impõe a cooperação entre legislador e juiz, cabendo ao legislativo a cominação da pena abstrata e a criação das circunstâncias judiciais e legais, e ao julgador, em decisão adequadamente motivada, fixar a reprimenda concreta dentro do marco legal punitivo, observando o critério trifásico.

Verificou-se, contudo, que o modelo de cominação de pena com limites mínimo e máximo concede ampla margem de discricionariedade judicial, em especial por ser a legislação falha ao deixar de especificar detalhadamente as regras para a correta aferição e aplicação das circunstâncias a serem consideradas para a concretização da pena.

Percebeu-se divergências doutrinárias e jurisprudenciais na própria definição de certas circunstâncias, como no caso da culpabilidade. Neste ponto, foi verificada a ausência de um conceito doutrinário preciso, mas se concluiu que o juiz deve aferir o *grau* da consciência da ilicitude e o *grau* da exigibilidade de conduta diversa, desde que esses parâmetros não sejam utilizados especificamente pelo legislador como fundamentos de outras circunstâncias, como ocorre, por exemplo, na circunstância atenuante da “coação resistível” e na causa de diminuição de pena do “erro de proibição evitável”. Caso contrário, haveria o insustentável *bis in idem*.

Foi demonstrado o desencontro no fundamento de legitimidade de algumas circunstâncias ligadas ao autor, situações nas quais se descortinou a influência do Direito Penal de autor (antecedentes, reincidência, personalidade, conduta social), o qual, ao invés de voltar suas forças ao fato praticado pelo agente, gira o foco para revelar um estado ou modo de ser do agente.

Buscou-se o aprofundamento se há ou não ocorrência de *bis in idem* na aferição das elementares no momento da aplicação da pena, tendo sido demonstrado que algumas elementares, as quais traduzem a protetividade ao bem jurídico, admitem valoração por se tratar de análise sobre o seu *alcance* ou grau de ponderação e não sobre a sua *existência* e que, por consequência, não acarreta em *bis in idem*, já que a pena cominada estabelece limites mínimo e máximo. Dentro dessa margem nem sempre é possível ao legislador prever o nível da intensidade da lesividade ao bem, que deve ser apreciado caso a caso, de modo a individualizar a pena na medida da culpabilidade pelo fato.

Verificou-se, assim, que não se deve confundir a afirmação do elemento do crime (juízo de existência ou qualitativo), por ocasião da análise da tipicidade, com a sua mensuração (juízo quantitativo), realizada na aplicação da pena, da mesma forma que ocorre com a culpabilidade, a qual é afirmada na condenação e

mensurada na dosimetria penal.

Foi demonstrado que o critério trifásico, apesar de mais harmônico com o princípio da individualização da pena, possibilita graves dificuldades de operacionalização na prática, como na ocorrência do reconhecimento de um mesmo dado fático (circunstância) sob rotulação distinta, em fases diversas do procedimento.

Desse modo, e considerando um plano abstrato, pode-se concluir que a discricionariedade judicial, concedida com o estabelecimento de marco legal da sanção abstrata e indicação das circunstâncias, viabiliza um sistema de determinação de pena capaz de aproximar o julgador da realidade concreta, e, por conseguinte, da almejada pena justa e proporcional na medida da culpabilidade individual e pelo fato.

No entanto, diante de toda a problemática da modulação da pena, como na divergência sobre os fundamentos das circunstâncias, na vagueza dos critérios sobre o *quantum* de cada circunstância, na constante confusão entre elementos do tipo e o seu alcance, na dupla valoração da mesma circunstância, conclui-se que as circunstâncias indicadas na lei, por si só, não são capazes de efetivamente conduzir o juiz à aplicação da pena adequada e capaz de evitar o excesso do poder punitivo estatal.

Ou seja, se por um lado, a discricionariedade permite se chegar a uma pena adequada, por outro, se não for bem regrada, aumenta o nível de incerteza e possibilita a sua concretização de forma injusta ou desigual.

Nesse diálogo dos aspectos positivos e negativos da discricionariedade, espera-se, em especial, a supressão da carência de precisão dogmática acerca das circunstâncias e a superação da deficiência das regras específicas sobre a sua aplicação, de forma a fortalecer sua dimensão positiva de viabilizar a aplicação da pena adequada, e, por conseguinte, mitigar o seu aspecto negativo a ponto de conduzir a um sistema de determinação capaz de proteger a liberdade contra desigualdades ou excessos do poder punitivo estatal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. *Aplicação da pena*. 5. ed. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2013.

ARAÚJO, Fábio Roque. *O princípio da proporcionalidade referido ao legislador penal*. Salvador: Juspodivm, 2011.

ASÚA, Luis Jiménez de. *Principios de derecho penal: la ley y el delito*. 3. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1958.

BACIGALUPO, Enrique. *Derecho penal: parte general*. 2. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 1999.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*, 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

BIANCHINI, Alice. *Pressupostos materiais mínimos da tutela penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *Tratado de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. *Falência da pena de prisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

BOCKELMANN, Paul; VOLK, Klaus. *Direito penal: parte geral*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

BOSCHI, José Antônio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

BRUNO, Aníbal. *Direito penal: parte geral*. T. I. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

_____. *Direito penal: parte geral*. T. 3. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

CALHAU, Lélío Braga. *Vítima e direito penal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e a teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1999.

CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. *Aplicação da pena e garantismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

- CARVALHO, Salo de. *Pena e garantias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- CERNICCHIARO, Luiz Vicente; COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Direito penal na constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- CONDE, Francisco Muñoz. *Introducción al derecho penal*. 1. ed. Montevideo – Buenos Aires: IBDF, 2001.
- CONDE, Francisco Muñoz; ARÁN, Mercedes García. *Derecho penal: parte general*. 8. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.
- COSTA JÚNIOR, Paulo José. *Curso de direito penal*. V. 1. Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 1992.
- D'AVILA, Fábio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios: contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico*. Coimbra: Coimbra, 2005.
- DELMANTO, Celso et al. *Código Penal comentado*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral*. T. I. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra, 2007.
- DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal*. 4. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- ESSADO, Tiago Cintra. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2008.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Madrid: Editorial Trotta, 1995.
- FERRARI, Eduardo Reale. *Medidas de segurança e direito penal no estado democrático de direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- FEUERBACH, Anselm V. *Tratado de derecho penal*. Traducción al castellano de la 14ª ed. Alemana por Eugênio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer. 1. ed. Buenos Aires: Hamurabi, 2007.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: a nova parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1986.
- _____. *Lições de direito penal: parte especial*. V. I. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- _____. *Lições de direito penal: parte especial*. V. II. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

FRANCO, Alberto Silva, et al. *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*. Vol. I, T. 1. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GALVÃO, Fernando. *Aplicação da pena*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

_____. *Direito Penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Impetus, 2004.

GAROFOLI, Roberto. *Manuale di diritto penale: parte generale*. 4. ed. Milão: Giuffrè Editore, 2008.

GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da ofensividade no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O Princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GOMES, L. F.; MOLINA, A. G.; BIANCHINI, A. *Direito penal: introdução e princípios fundamentais*. V.1. Revista dos Tribunais, 2007.

GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de. *Direito Penal: parte geral*. V. 2. Revista dos Tribunais, 2009.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

GUARAGNI, Fábio André. *As teorias da conduta em direito penal: um estudo da conduta humana do pré-causalismo ao funcionalismo pós-finalista*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do direito penal*. Trad. Pablo Rodrigo Alfien da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.

HÖRNLE, Tatjana. *Determinacion de la pena y culpabilidad: notas sobre la teoría de la determinación de la pen en Alemania*. Buenos Aires: Fabian J. Di Placido, 2003.

HUNGRIA, Néelson. *Comentários ao código penal*. V. V. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

_____. *Comentários ao código penal*. V. VII. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

JAKOBS, Günther. *Sobre la teoría de la pena*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998.

_____. *Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*. Madrid: Civitas, 2004.

JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal: parte general*. Trad. Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Comares, 2002.

JESUS, Damásio E. de. *Direito penal: parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Direito penal: parte especial*. V. 2. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. *Direito penal: parte especial*. V. 3. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

LOPES, Jair Leonardo. *Curso de direito penal: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Princípios políticos do direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

LOUZÃ NETO, Mario Rodrigues et al. *Transtornos da personalidade*. Porto Alegre: Artmed, 2011.

MALAREE, Hernan Hormazabal. *Bien jurídico y estado social y democrático de derecho: el objeto protegido por la norma penal*. Santiago: Editorial Jurídica Conosur, 1992.

MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. *Manuale di diritto penale: parte generale*. 3. ed. Milano: Giuffrè Editore, 2009.

MAURACH, Reinhart; GÖSSEL, Kral Heinz; ZIPF Heinz. *Derecho penal: parte general 2*. Buenos Aires: Astrea, 1995.

MEDEIROS, Rui. *Prisões abertas*. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

MEZGER, Edmund. *Derecho penal: parte general*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica da Argentina, 1958.

MIR, José Cerezo. *Derecho penal: parte general*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2004.

MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MOURA, Grégore. *Do princípio da co-culpabilidade no direito penal*. Niterói: Impetus, 2006.

NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*. V. 1. São Paulo: Saraiva, 1991.

_____. *Direito penal*. V. 3. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios constitucionais penais e processuais penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. *Individualização da pena*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *Código Penal comentado*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

OLIVERIA, Edmundo. *Vitimologia e direito penal: o crime precipitado pela vítima*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

PALAZZO, Francesco C. *Valores constitucionais e direito penal*. Trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989.

PEÑA, Diego-Manuel Luzón. *Lecciones de derecho penal: parte general*. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.

PIEIDADE JÚNIOR, Heitor. *Vitimologia: evolução no tempo e no espaço*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1993.

PIERANGELI, José Henrique. *Códigos penais do brasil: evolução histórica*. 2. ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2001.

PRADO, Luiz Régis. *Curso de direito penal brasileiro*. V.1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. *Curso de direito penal brasileiro*. V. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. *Bem Jurídico-Penal e Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PUIG, Santiago Mir. *Derecho penal: parte general*. 9. ed. Barcelona: Reppertor, 2011.

_____. *Direito penal: fundamentos e teoria do delito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *El derecho penal en el estado social y democrático de derecho*. 1. ed. Barcelona: Editorial Ariel, 1994.

QUEIROZ, Paulo. *Direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ROSAL, Manuel Cobo Del; ANTÓN, Tomás S. Vives. *Derecho penal: parte general*. 5. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. T. I. Madrid: Civitas, 1997.

SÁNCHEZ, Jesus-Maria Silva. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona: Jose Maria Bosch, 1992.

SANTANA, Selma Pereira. *A culpa temerária: contributo para uma construção no direito penal brasileiro*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005.

SANTOS, Juarez Cirino. *Direito penal: parte geral*. Curitiba: Lumen Juris, 2007.

SCHMITT, Ricardo Augusto. *Sentença penal condenatória*. Salvador: Juspodivm, 2011.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O Princípio da legalidade penal no estado democrático de direito*. Livraria do Advogado, 2001.

SICA, Leonardo. *Direito penal de emergência e alternativas à prisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SZNICK, Valdir. *Princípios de defesa na constituição*. São Paulo: Iglu, 2002.

STRATENWERTH, Günther. *Derecho penal - parte general I: el hecho punible*. Buenos Aires: Hammurabi, 2008.

STRECK, Maria Luiza Schäfer. *Direito penal e constituição: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 2000.

VERGARA, Pedro. *Dos motivos determinantes no direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

WELZEL, Hans. *Derecho penal: parte general*. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956.

WELZEL, Hans. *El nuevo sistema de derecho penal: una introducción a la doctrina de la acción finalista*. Buenos Aires: EBDF, 2004.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Enrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

ZAFFARONI, Eugenio Raul et al. *Direito penal brasileiro: primeiro volume*. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

ZAFFARONI, E. R.; ALAGIA, A.; SLOKAR, A. *Derecho penal: parte general*. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002.