

ENTRE A REPROVAÇÃO E A PREVENÇÃO:

A EVOLUÇÃO DA PRÁXIS DA APLICAÇÃO DA
PENA E A DELIMITAÇÃO DA DISCRICIONARIEDADE
DO JUIZ PELO MÉTODO RACIONAL DE EQUIPARAÇÃO
HIERÁRQUICA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS

DANIELLE CHRISTINE SILVA MELO BURICHEL



Danielle Christine Silva Melo Burichel

Mestre em Direito pela Faculdade Damas da Instrução Cristã, na linha de pesquisa História das Ideias Penais. Pós-graduada em Direitos Difusos e Coletivos pela Unama. Pós-graduada em Direito Público pela Universidade Potiguar. Juíza de Direito do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco (TJPE). Professora de Direito Penal e Processual Penal em cursos de graduação e pós-graduação.

**ENTRE A REPROVAÇÃO E A PREVENÇÃO: A
EVOLUÇÃO DA PRÁXIS DA APLICAÇÃO DA
PENA E A DELIMITAÇÃO DA
DISCRICIONARIEDADE DO JUIZ PELO
MÉTODO RACIONAL DE EQUIPARAÇÃO
HIERÁRQUICA DE CIRCUNSTÂNCIAS
JUDICIAIS**

*Publicação editada pela Escola Judicial de Pernambuco (Esmape)
em Homenagem ao Dia Internacional da Mulher/2025.*

Recife, 2025

Copyright by Escola Judicial de Pernambuco (Esmape)

Coordenação Técnica e Editorial: Joseane Ramos Duarte Soares

Projeto gráfico: Luciano Costa

Capa: Antônio Recamonde / João Pessoa (Ascom Esmape)

Revisão: Autora

Sítio: <https://portal.tjpe.jus.br/web/escolajudicial/biblioteca/publicacoes-digitais>

341.5 Burichel, Danielle Christine Silva Melo.

Entre a reprovação e a prevenção: A evolução da
práxis da aplicação da pena e a delimitação da discricionariedade do juiz
pelo mérito racional de equiparação hierárquica de circunstâncias judiciais
/ Danielle Christine Silva Melo Burichel. - Recife : Escola Judicial de
Pernambuco (Esmape), 2025.

1. Direito penal. 2. Aplicação da pena. 3. Discricionariedade do Juiz.
4. Escola Judicial de Pernambuco (Esmape). I. Título.

Ficha catalográfica elaborada pela equipe da Biblioteca Jarbas Maranhão/Esmape

ISBN 978-85-65783-48-4

Correspondências: Escola Judicial de Pernambuco (Esmape)

Rua Des. Otilio Neiva Coelho, s/n – bairro Ilha Joana Bezerra Recife – PE

Biblioteca Jarbas Maranhão - CEP 50.080-900

E-mail: ej.biblioteca@tjpe.jus.br

*Dedico este trabalho aos meus pequenos Aninha e
Danzinho, amores e razão da minha vida.*

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao corpo docente de excelência do programa de mestrado da Faculdade Damas da Instrução Cristã, em especial ao Professor Doutor Ricardo de Brito A. P. Freitas, pelas valorosas e profundas orientações, bem como ao Professor Doutor Leonardo Henrique Gonçalves de Siqueira, pela disponibilidade, ensinamentos e pela importantíssima ajuda bibliográfica. Ao Professor Doutor Teodomiro Noronha Cardozo, meu muito obrigada pela inestimável ajuda por ocasião da elaboração do meu projeto de pesquisa. Ao exercício da magistratura criminal, que me inspirou significativamente neste trabalho. Agradeço também aos meus queridos alunos pelo estímulo, em especial à Nathaly de Almeida, muito mais do que uma aluna, uma amiga colaboradora, debatedora e incentivadora de meus projetos na área acadêmica. Agradeço ainda aos meus familiares, filhos, mãe, pai, irmãos, sobrinhos, pela compreensão pelas constantes ausências para dedicação aos estudos. Agradeço, por fim, a meu esposo, Eduardo Burichel, por nunca opor nenhum tipo de óbice a meus projetos pessoais e profissionais e pelo amor, segurança e paz necessários para a conclusão com êxito deste mestrado em direito.

SUMÁRIO

PREFÁCIO	13
INTRODUÇÃO: A problemática ausência de critério quantitativo definidor para fixação da pena-base por cada circunstância judicial desfavorável	17
CAPÍTULO 1 – Dos sistemas de aplicação da pena na história: do arbítrio total do aplicador até a discricionariedade regrada	27
1.1 Do sistema das penas indeterminadas: a consequência da punição atroz do absolutismo pela tirania do julgador	27
1.2 Do sistema das penas fixas: a consequência da humanização das penas do ideário iluminista e o julgador “boca inanimada da lei”	32
1.3 Do sistema das margens penais: a consequência da necessária individualização da pena pela consideração de aspectos pessoais	34
CAPÍTULO 2 – Fins da pena sob a perspectiva histórica: o caminho do pensamento jurídico a respeito da punição de caráter absoluto do castigo ao de retribuição- prevenção	37
2.1 O trívio da legitimação penal: reprovação, prevenção e retribuição- prevenção	37
2.2 Retributivismo: a pena como instrumento de justiça (justa paga pelo mal causado)	38
2.2.1 Retribuição moral de raiz kantiana.....	39
2.2.2 Retribuição jurídica de raiz hegeliana.....	41
2.2.3 Retribuição penal na perspectiva de Francesco Carrara.....	42
2.3 Utilitarismo: a pena com a perspectiva para o futuro como instrumento de prevenção de novos crimes	44
2.3.1 Prevenção geral positiva e negativa: o recado à coletividade	45
2.3.2 Prevenção especial positiva e negativa: o enfoque no agente	48
2.4 Ecletismo: a conciliação de finalidades retributivas e preventivas da pena pela suficiência e necessidade da pena	52
CAPÍTULO 3 – A fixação da pena-base decomposta em circunstâncias judiciais: a conjunção de fatores atinentes ao fato e ao agente	55
3.1 Conceito de circunstância judicial	55
3.2 A mescla de postulados da escola clássica e positiva no art. 59 do Código Penal brasileiro: consagração da teoria mista	57
3.3 Circunstâncias judiciais relacionadas essencialmente ao fato do autor	58
3.3.1 Culpabilidade	59

3.3.2 Motivos.....	60
3.3.3 Circunstâncias	61
3.3.4 Consequências.....	61
3.3.5 Comportamento da vítima	62
3.4 Circunstâncias judiciais relacionadas especificamente ao autor do fato.....	64
3.4.1 Antecedentes	64
3.4.2 Conduta social.....	65
3.4.3 Personalidade	65
CAPÍTULO 4 – Da fixação da pena-base com equiparação hierárquica de todas as circunstâncias judiciais: a limitação do arbítrio judicial pela proporcionalidade e a necessária observância das finalidades da pena declaradas no Código Penal	69
4.1 Da atuação do magistrado sentenciante <i>de lege lata</i> : o dever de obediência aos imperativos legais de necessidade e suficiência da pena diante das finalidades declaradas pela teoria da união	70
4.2 Da ausência de hierarquia entre as circunstâncias no código penal brasileiro: a dosimetria equilibrada entre os pilares orientadores	74
4.3 Distorções na dosimetria da pena presentes na legislação vigente no tocante à medida da pena-base e a premente necessidade de delimitação da discricionariedade judicial no aspecto quantitativo	77
4.3.1 Dos limites éticos-morais à discricionariedade judicial	79
4.3.2 A redução do decisionismo político-criminal na dosimetria da pena pelo emprego da dupla face do princípio da proporcionalidade: da vedação de excesso à vedação de proteção deficiente de bens jurídicos	82
4.3.3 A pretensão de correção aplicada na dosimetria da pena: o preenchimento da lacuna legal pelo método racional de fixação de quantum mínimo e máximo para cada circunstância judicial valorada como desfavorável pelo juiz.....	84
CAPÍTULO 5 – Análise crítica da jurisprudência atualizada dos Tribunais Superiores sobre a dosimetria da pena.....	89
5.1 Critério de 1/8 por Circunstância Judicial Desfavorável	89
5.2 Flexibilização na Fixação da Pena-Base	90
5.3 Reflexões sobre a Proporcionalidade e a Equidade	91
5.4 Impacto Prático no Sistema Penal	91
CONCLUSÕES: o necessário aperfeiçoamento da dosimetria da pena-base pela adoção de quantum máximo e mínimo por cada circunstância judicial desfavorável como forma de deferência à ambas as finalidades da pena	93
REFERÊNCIAS	99
APÊNDICES.....	105

PREFÁCIO

Convidado, inicialmente, para opinar acerca do projeto de mestrado da magistrada Danielle Christine Silva Melo Burichel, novamente, fui instado a prefaciá-la sua dissertação de mestrado, a ser transformada em livro, intitulada “Entre a Reprovação e a Prevenção: a evolução da práxis da aplicação da pena e a delimitação da discricionariedade do juiz pelo método racional de equiparação hierárquica de circunstâncias judiciais” cuja dissertação foi defendida, honrosamente, perante o Júri Acadêmico, constituído pelos professores Ricardo de Brito Albuquerque Pontes Freitas, Leonardo Henrique Gonçalves de Siqueira e Teodomiro Noronha Cardozo.

A mestra Danielle Burichel, no *locus* do elemento pós-textual das referências, apresenta uma plêiade de autores de cariz dogmática indiscutível para construir seu trabalho, todavia, sem descurar de apresentar um método novo, construtivo, “recorte” original, de sua autoria, pertinente à valoração negativa do número de circunstâncias judiciais, na primeira fase dos critérios dosimétricos, valorando, negativamente, as circunstâncias normativas do art. 59 do Código Penal.

Essa construção originária da autora deve-se à sua sensibilidade social, nomeadamente, desde o início da dissertação, firme no propósito de que os magistrados não adotam um critério uniforme na perspectiva de que “à eleição das finalidades da pena se encontra sobremaneira na quantificação da pena privativa de liberdade por ocasião da dosimetria, em especial na fixação da pena-base, recorte que faremos no presente trabalho”.¹

As inquietações da autora refletem, inegavelmente, o espírito do nosso tempo (*Zeitgeist*) que, em alguns casos, se atrelado a essa ou àquela ideologia, ter-se-á um resultado diferente, porquanto “O magistrado mais alinhado à ideologia retributivista há de fixar a pena-base em conformidade com a reprovabilidade do fato, ou seja, com a culpabilidade como medida da pena”. Continua a autora: “Por sua vez, o magistrado atrelado à ideologia da prevenção geral tende a aplicar penas mais severas para alcançar o efeito simbólico e coesão social.”²

Claus Roxin³, no ponto em que tece críticas acerca de um sistema, por ele batizado de “teoria unificadora aditiva”, em contramarcha com a teoria, desenvolvida por este autor, de unificadora dialética.⁴ A simples sobreposição das finalidades da pena – quer retributiva ou preventiva – não tem o condão de cumprimento efetiva da pretensão do legislador, mas, apenas, ampliaria o espectro do poder estatal sobre o indivíduo.

Acrescentaria que o que deve ser flexibilizada é a pena, não a liberdade individual, a despeito de critérios teóricos dos fins da pena. Segundo Claus Roxin “Concretamente, es inadmisible causar mal ao sujeto sólo por el mero fin de retribución”.⁵

O trabalho de pesquisa de Danielle Christine Silva Melo Burichel, Juíza de Direito do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, e professora de Direito Penal ostenta percurso acadêmico e profissional, invejável, em vários âmbitos do conhecimento, aprofundando o domínio das questões mais complexas do direito penal e processual penal.

Com efeito, sua trajetória acadêmica inclui a graduação em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco, especializações em Direito Público e Direitos Difusos e Coletivos, além de uma relevante experiência em Direito Constitucional Penal na Universidade Católica Portuguesa incursão internacional indispensável ao estudo da dosimetria da pena.

A partir do Capítulo 2, Danielle Burichel explora, com profundidade, a teoria dos fins da pena, sob uma perspectiva histórica, resgatando o desenvolvimento das teorias que fundamentam a aplicação penal. A autora percorre uma linha evolutiva que vai do retributivismo kantiano, com sua concepção de justiça como um fim moral em si próprio, até as teorias utilitárias de prevenção, articulando, com maestria, os ideais de justiça retributiva e os princípios preventivos que atualmente compõem o escopo da teoria mista.

O retributivismo kantiano tem por escopo um instrumento de justiça moral, compensando o mal causado pelo crime por meio de uma retribuição justa. Kant sustenta que a punição é uma resposta moralmente necessária a quem deliberadamente viola a ordem social e a pena deve vincular-se, proporcionalmente, à gravidade da ofensa, não podendo ser motivada por finalidades utilitárias de Jeremy Bentham, como a prevenção de novos fatos: típicos, antijurídicos e culpáveis. Na visão kantiana o ato de punir restaura a dignidade da ordem moral (*rectius*) social violada, operando uma justa consequência do crime praticado: o "imperativo categórico" – como uma regra moral universalmente válida.

Ao longo da pesquisa, Danielle Burichel propõe um sistema diferenciado e, ao mesmo tempo, crítico acerca das condições e circunstâncias da prática do processo penal no Brasil. O Capítulo 3, focado na decomposição da fixação da pena-base em circunstâncias judiciais (positivas ou negativas) revela a complexa convergência entre os fatores intrínsecos ao fato e ao autor, estabelecendo parâmetros para uma dosimetria equilibrada e proporcional – na análise dos critérios dosimétricos para o estabelecimento de uma pena. A análise detida das circunstâncias, pela autora, aliada à proposta de critérios matemáticos, objetivando limitar o arbítrio judicial, não só fortalece o compromisso dela com uma aplicação justa e equânime da lei, mas também oferece uma metodologia aplicável, embasada no princípio da proporcionalidade.

A metodologia proposta por Danielle Burichel para a dosimetria da pena sugere um uso criterioso de frações matemáticas, fixando limites claros para a elevação da pena-base e assim mitigando o arbítrio judicial. Em sua pesquisa, a autora argumenta que, ao estabelecer uma fração máxima de 1/8 e mínima de 1/16 para o aumento da pena por cada circunstância judicial desfavorável ao agente, o juiz consegue seguir critérios quantificáveis que fundamentam a proporcionalidade.

Esses valores, derivados da diferença entre os limites das margens - máxima e mínima da pena estabelecida pelo legislador, oferecem uma métrica objetiva para calcular o agravamento da pena, ajustando-a à gravidade das circunstâncias, mas sem ultrapassar o limite da justa retribuição.

A investigação extrapola o escopo tradicional de uma dissertação acadêmica ao apresentar uma contribuição vigorosa e, ao mesmo tempo, inovadora ao direito penal brasileiro. A autora, Danielle Burichel emprega um rigor metodológico que reflete seu compromisso com a construção de soluções práticas e teóricas que respondam a uma das questões mais desafiadoras do sistema penal: a aplicação justa e equilibrada das penas.

Sua análise não se limita, apenas, à discussão teórica, mas avança na perspectiva de uma proposta concreta que mitiga o arbítrio judicial, incorporando critérios matemáticos necessários para a justeza da dosimetria da pena, sem abandonar o papel interpretativo e valorativo do julgador. Esse cuidado, presente em cada seção do trabalho, é uma demonstração de sua intenção de reforçar a segurança jurídica, evocando parâmetros claros e verificáveis para a fixação de penas.

Last but not least, o compromisso da autora com a justiça é inabalável e permeia toda a sua metodologia, que propõe um caminho viável para uma dosimetria mais transparente e justa. Burichel reconhece que o exercício do poder punitivo exige não apenas conhecimento técnico, dado que não é uma tarefa metafísica, mas um compromisso ético com a sociedade, o qual ela busca concretizar por meio de sua metodologia.

Sua pesquisa não apenas contribui para a prática judicial, mas acirra debate sobre a necessidade de uma reforma na aplicação da pena, voltada para a realização de um direito penal que proteja os direitos individuais da pessoa humana no Estado Democrático e Social do Direito.

Honra-me muito o convite para prefaciar esta obra. Desejo que a pesquisa de dissertação de mestrado da Juíza Danielle Burichel, agora transformada em livro, com seu espírito inovador, possa guiar as novas gerações de juízas e juízes, na atividade interpretativa de aplicação da pena.

Recife, verão de 2024.

TEODOMIRO NORONHA CARDOZO

*Professor Adjunto da Faculdade de Direito da
Universidade Federal de Pernambuco(UFPE).*

*Doutor em Direito pela UFPE.
Juiz de Direito do Tribunal de Justiça de Pernambuco.*

INTRODUÇÃO:

A problemática ausência de critério quantitativo definidor para fixação da pena-base por cada circunstância judicial desfavorável

Costuma-se dizer que a determinação da pena é o muro de lamentações dos penalistas¹, notadamente porque o direito penal se ressentia da ausência de uma dogmática consolidada, aperfeiçoada e direcionada a efetivamente dar a necessária transparência ao processo da individualização da reprimenda, de maneira a evitar o arbítrio judicial².

Também é comum se dizer no meio forense que cada vara criminal parece possuir um código penal próprio, o que decerto traz angústia ou alívio a quem venha a responder a um processo criminal, diga-se, desde o momento da distribuição da ação penal. A sorte do acusado vai depender da ideologia de política criminal que cada magistrado possui, já que a este é conferida ampla margem de discricionariedade para eleger a finalidade da pena que lhe aprouver no caso sob sua tutela³.

Enquanto alguns juízes adotam como norte aplicador da pena a percepção meramente utilitarista com vistas à ressocialização do condenado ou sua neutralização, ou seja, com foco na prevenção especial, seja positiva ou negativa; outros magistrados enfatizam o caráter repressivo, meramente retributivo; outros dão preponderância à utilização da pena como instrumento de visibilidade e prevenção geral e, por fim, outros não aplicam critério nenhum para guiar suas sentenças, cujas penas parecem ser escolhidas aleatoriamente conforme seu humor naquele determinado dia, ora embasadas na ideia de prevenção de crimes, ora na ideia de mero castigo.

¹ HASSEMER, Winfried. **Fundamentos del Derecho Penal**, Barcelona: Bosch, 1984, p. 137.

² HASSEMER, ob. cit., p. 137: “Y lo lamentable es que la dogmática de la determinación de la pena, es decir, la elaboración sistemática de los criterios establecidos por la ley, no haya alcanzado ni con mucho un grado de precisión y transparencia como el de la dogmática de los presupuestos de punibilidad.” Ainda sobre a ausência de dogmática sofisticada sobre dosimetria da pena discorre Silva Sánchez: “La teoría de la determinación judicial (individualización) de la pena ha tenido un peculiar desarrollo en la historia del Derecho penal. La dogmática de la teoría del delito, cuya finalidad era la determinación del sí o no del delito y, por tanto, del sí o no de la aplicación del marco penal legal, iba adquiriendo un grado creciente de desarrollo y refinamiento. La teoría de la individualización judicial de la pena, esto es, la determinación del cuánto de la pena dentro del marco legal quedaba, en cambio, al margen de ese desarrollo y refinamiento. Ello, a pesar de que -como se pone de relieve por casi todos los que se refieren al problema- las consecuencias del acto de individualización son determinantes y la posibilidad de recurrirlo y revisarlo, un aspecto esencial del derecho al recurso en materia penal.” SILVA, SÁNCHEZ, Jesús Maria. **La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo**. Disponível em: www.indret.com. Acesso em 26/12/2017.

³ De acordo com Anabela Miranda Rodrigues, na opinião de quem é ainda atual a afirmação de von Weber, segundo a qual “infelizmente, na prática, a determinação da medida da pena é, o mais das vezes, um jogo de azar”. A autora portuguesa também destaca como um profundo erro pensar que as decisões que em sede de determinação da pena se tomam ocorrem num espaço estranho à racionalidade e dependam apenas ou predominantemente da “arte” e subjetividade do julgador. RODRIGUES, Anabela Miranda. **A Determinação da Medida da Pena Privativa de Liberdade**. Coimbra Editora: Coimbra, 1995. p 12-13.

A evidência de que a magistratura não trabalha com uniformidade no tocante à eleição das finalidades da pena se encontra sobremaneira na quantificação da pena privativa de liberdade por ocasião da dosimetria, em especial na fixação da pena-base, recorte que faremos no presente trabalho. O magistrado mais alinhado à ideologia retributivista há de fixar a pena-base em conformidade com a reprovabilidade do fato, ou seja, com a culpabilidade como medida da pena.

Por sua vez, o magistrado atrelado à ideologia da prevenção geral tende a aplicar penas mais severas para alcançar o efeito simbólico e coesão social. Já o magistrado que persegue meramente a prevenção especial costuma trabalhar sob a perspectiva de caracteres subjetivos do sujeito sentenciado, olvidando-se, inclusive, da análise da culpabilidade do fato na dosimetria da pena, de forma a propiciar punições manifestamente severas diante de fatos menos graves a sujeitos considerados não socializados e dessocializados ou a aplicar penas extremamente brandas a pessoas tidas como socializadas, mesmo que tenham cometido atos dotados de vultosa gravidade.

Essa perceptível ausência de orientação teleológica no tocante à aplicação da pena deriva da adoção pelo nosso legislador da teoria eclética, a qual tem por característica conjugar aspectos das teorias retributivistas e utilitaristas e de tais teorias se extrair uma síntese.

A decisão político-criminal dual, isto é, eclética, foi consagrada pelo legislador brasileiro que, alinhado às tendências internacionais⁴, entendeu por positivarexpressamente por ocasião do advento da reforma da parte geral do Código Penal do art. 59⁵, a adoção da teoria mista, ao estabelecer como linhas mestras de atuação do magistrado aplicador da pena, a reprovação, mas também a prevenção de novos crimes.

A ambivalência das finalidades da pena também se constata numa singela leitura do rol de circunstâncias judiciais, que consistem nos vetores de orientação do magistrado para fixação da pena-base, algumas atreladas à função preventiva especial, como por exemplo antecedentes, personalidade e conduta social; outras, atreladas à reprovação do fato do autor e de prevenção geral, como por exemplo, culpabilidade, circunstâncias, consequências.

Segundo a ótica do legislador brasileiro do Código Penal vigente, a pena ao ser aplicada deve se prestar a retribuir, reprovar o mal causado pela prática do crime e também deve servir para evitar novos crimes. A prevenção de crimes se dá mediante uma mensagem de comunicação à sociedade pela aplicação da pena, o que consiste na prevenção geral, ou trabalhando individualmente o sujeito que delinuiu, pela via da ressocialização ou, simplesmente, o intimidando, de maneira a fazê-lo acreditar que o cometimento de delitos não compensa, o que consiste na prevenção especial negativa.

⁴ Prevista no §46, Ab. I, do Código Penal Alemão e no art. 71.º- 1, do Código Penal Português são exemplos.

⁵ Art. 59 – O juiz atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, **conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção**

Embora não haja dúvidas a respeito da opção pela teoria unificadora no Código Penal Brasileiro em vigor, pouco se discute a respeito de qual vertente teleológica assume primazia por ocasião da aplicação da pena, especificamente na fixação da pena-base, pena fundamental para as demais operações rumo à pena definitiva. A literatura brasileira como regra se resume a glosar as principais finalidades estabelecidas na história e ao final mencionar que adotamos a teoria mista, ou seja, a conjugação das teorias absolutas e relativas.

Porém, esse certo conformismo da doutrina em apenas anunciar a escolha pela teoria mista, sem maiores divagações ou questionamentos, culmina por atribuir ao aplicador da pena uma superdose de poder na eleição da finalidade da pena em cada caso concreto⁶.

Essa consequência foi objeto de estudo por Claus Roxin, ao criticar a adoção de uma teoria que ele batizou como unificadora aditiva em contraposição à sua unificadora dialética⁷, haja vista que a mera sobreposição das finalidades de retribuição e prevenção não cumpriria efetivamente a pretensão do legislador e acabaria por ampliar o poder estatal em face do indivíduo.

De fato, a teoria unificadora aditiva, tal como mencionada por Roxin, tem o condão de assumir um caráter disforme da teoria mista, justamente porque a intenção do legislador não foi o empoderamento dos juízes na escolha de qual finalidade ele reputar como conveniente caso a caso, mas sim de simplesmente reunir o que há de positivo em cada uma das teorias concebidas na história e considera-las como metas a serem perseguidas no exercício da fixação da pena⁸.

Há de se reconhecer que as teorias mistas também não estão a salvo de críticas, assim como todas as outras que se prestam a justificar a aplicação da pena, conforme restará com mais vagar expostas no decorrer da dissertação, porém, certo é que de *lege lata* o “triângulo mágico”⁹ constitui paradigma inafastável para o trabalho do juiz aplicador da pena, ou seja, a consideração das três vertentes finalísticas a um só tempo, retribuição, prevenção geral e prevenção especial.

Tal conclusão deriva, não apenas porque o legislador consagrou a teoria eclética com a reunião das finalidades da pena, mas também porque pragmaticamente se afigura inconcebível ignorar uma das vertentes em prol de uma orientação unívoca no que se refere às finalidades da pena.

⁶ Nas palavras de Zaffaroni, Nilo Batista, Alargia e Slokar, “na prática, traduz-se em uma pluralidade de discursos legitimantes que permitem “racionalizar” qualquer decisão, através tão-somente da escolha do discurso mais apropriado entre os que estão apresentados.” ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**. p. 114

⁷ Denominação dada por Claus Roxin na sua obra **Problemas Básicos del Derecho Penal**, Madri: REUS S.A, 1976. p. 33.

⁸ ROXIN, op. cit. p. 34.

⁹ Expressão cunhada por Heinz Zipf, ao trabalhar o processo de medição da pena como apenas possível de efetuar-se se houver um acordo prévio sobre três pontos de vista, a saber: compensação de culpabilidade, o que constitui a reprovação do crime, bem como prevenção geral e prevenção especial, estes últimos, caracteres utilitaristas de prevenção de crimes. Cf. ZIPF, Heinz. **Principios fundamentales de la determinación de la pena**. In: Cuadernos de política criminal. N. 17. Madri: Edersa, 1982, p. 353

Além disso, evidente é que toda pena, por mais branda que seja, traz em sua essência um caráter aflictivo¹⁰, isto é, retributivo, o que não se distancia muito de uma espécie de vingança pública, ou seja, realizada pelo Estado por critérios de justiça¹¹. Entretanto, paralelamente ao caráter retributivo, compete ao juiz aplicador da pena não olvidar dos programas de prevenção geral e especial. Programas, porque o atingimento das finalidades declaradas da pena no plano concreto pode ou não acontecer por ocasião da execução penal, todavia, a incerteza do sucesso efetivo da punição, não exime o juiz sentenciante de inexoravelmente tentar alcançá-los por intermédio de uma reprimenda adequada e suficiente a atender aos imperativos previstos na norma.

Ressalte-se que, malgrado coexistam perspectivas aparentemente dicotômicas de inspiração nas escolas clássica e positiva¹², partiremos da premissa de que é sim possível conciliar as finalidades declaradas da pena sem incorrer em arbitrariedade ou estabelecer juízos apriorísticos de preponderância entre as circunstâncias judiciais. Para tanto, necessário se faz instituir um quantum máximo e mínimo de elevação da pena-base por cada circunstância judicial valorada como desfavorável ao réu pelo juiz.

Portanto, há de se adotar no tocante à individualização judicial da pena, um equilíbrio racional entre as finalidades declaradas pelo legislador, o que reflete inevitavelmente na quantificação da pena privativa de liberdade, cujo ponto alto de atuação do magistrado é sem dúvida quando da fixação da pena-base.

Como frisado alhures, o legislador reformista da parte geral de 1984¹³ apresentou balizas interpretativas ao juiz, mormente no art. 59 do Código Penal, balizas essas denominadas circunstâncias judiciais¹⁴, bem como determinou expressamente que a pena deveria ser fixada em patamar suficiente a atender às finalidades de retribuição e prevenção (reprovação do crime e prevenção de crimes). Vê-se que, no exercício da dosimetria da pena, está o juiz jungido a perseguir os desideratos da reprimenda penal estabelecidos na teoria eclética unificadora, adotada

¹⁰ “Na execução da pena mais regular, no respeito mais exato das formas jurídicas, reinam as forças ativas da vindita. O suplicio tem então uma função jurídico-política. É um cerimonial para reconstituir a soberania lesada por um instante. Ele a restaura manifestando-a em todo o seu brilho. (...) Sua finalidade é menos de estabelecer um equilíbrio que de fazer funcionar, até um extremo, a dissimetria entre o súdito que ousou violar a lei e o soberano todo-poderoso que faz valer sua força” FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. 42. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2014. p. 42.

¹¹ A professora Sílvia Alves destaca que desde o século XVIII, o Estado tinha como preocupação a realização de justiça, até mesmo para fins de legitimação: “A Carta de Lei de 19 de Julho de 1790 lembra que o fim das Leis é a felicidade dos Povos, para os manter em Paz, em Tranquilidade, e em Justiça residindo o Interesse Público na prontidão do castigo do Malffeito, ou absolvição do Inocente. As penas são um instrumento da observância das leis. Daqui resultam fórmulas como: a justiça é o fundamento do trono; ou sem justiça não há povo que possa subsistir”. ALVES, Sílvia. **Punir e humanizar**. O direito penal setecentista. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014, p.93.

¹² Hungria menciona que o Código brasileiro ao tentar conciliar postulados clássicos e positivistas para fins pragmáticos acendeu uma vela a Carrara e outra a Ferri. HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1955, vol V, p. 459- 460.

¹³ Lei nº 7.209/84

¹⁴ Claudio Brandão esclarece que as circunstâncias judiciais são em verdade critérios limitadores do livre arbítrio judicial na fixação da pena, pois o Código Penal de 1940 abandonou o sistema de penas fixas e resolveu por adotar o sistema da discricionariedade vinculada. BRANDÃO, Cláudio. **Curso de Direito Penal: parte geral**. 2 ed, Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 637. Contudo, entendemos que esse critério de discricionariedade vinculada não é suficiente a evitar distorções e arbitrariedade judicial.

como regra em nossa legislação e, ainda, não está autorizado a seu bel-prazer, desprovido de fundamentação idônea, a fixar penas-base aleatórias, ou seja, máximas ou mínimas, em patente desrespeito ao princípio da individualização escoreta da pena e ao princípio da proporcionalidade, este entendido em suas duas vertentes, isto, é, tanto no que diz respeito à vedação de excesso, quanto no que diz respeito à vedação de proteção deficiente de bens jurídicos.

Entretanto, observa-se que somente as diretrizes estampadas no art. 59 do Código Penal não são suficientes a evitar eventuais injustiças decorrentes do arbítrio do aplicador da pena, sobretudo porque não há previsão na lei de quanto exatamente cada circunstância judicial desfavorável possibilita o recrudescimento da pena-base.

Logo, é comum observar sentenças em que, malgrado tenham sido valoradas em desfavor do réu várias circunstâncias judiciais (culpabilidade, antecedentes, personalidade do agente, conduta social, circunstâncias, consequências, comportamento da vítima), a pena-base tenha restado fixada muito próxima ao mínimo legal. Em contrapartida, também é absolutamente possível ao juiz, a despeito de não ter valorado em desfavor do réu muitas circunstâncias judiciais, fixar a pena-base muito próxima ao máximo legal cominado. Por exemplo, um mesmo réu condenado por homicídio qualificado com duas circunstâncias judiciais desfavoráveis, tanto pode receber uma pena de 12 (doze), 13 (treze) anos de reclusão, como 29 (vinte e nove), 30 (trinta) anos de reclusão, e tudo vai depender da livre vontade do juiz. Vê-se, pois, que ambas as sentenças, tanto a de 29 (vinte e nove) anos de reclusão como a de 13 (treze) anos de reclusão, encontram-se em estrita consonância com a Lei no aspecto meramente formal (art. 59, II, do CP), haja vista que dentro dos limites mínimo e máximo de pena do homicídio qualificado que é de 12 (doze) a 30 (trinta) anos de reclusão, contudo não necessariamente aptas a atender à tríplice finalidade da pena.

Percebe-se, assim, que a soma dos fatores que constituem o referido triângulo mágico da determinação da reprimenda deve ser observada, sob pena de incorrer o Judiciário em manifesta ilegalidade material por ofensa à *mens legis* do referido art. 59¹⁵ e perda da oportunidade de impor penas justas e adequadas.

Nessa linha de raciocínio e partindo da premissa de que as penas devem observar a retribuição-prevenção, ou melhor, a teoria unificadora, equivocada se apresenta a conclusão no sentido de que determinadas circunstâncias judiciais aprioristicamente possuiriam preponderância frente às outras, sejam elas relacionadas ao fato, sejam elas relacionadas ao autor do fato.

Enquanto a doutrina se mantém no embate a respeito de qual linha finalística possui primazia para efeito de fixação judicial da pena, nítida, com todo respeito, a falta de percepção de que o problema do arbítrio do juiz na aplicação da

¹⁵ Extrai-se a intenção do legislador brasileiro pela reunião das finalidades da pena no item 50 da exposição de motivos da parte geral do Código Penal de 1984, nos seguintes termos: “A finalidade da individualização está esclarecida na parte final do preceito: importa em optar, dentre as penas cominadas, pela que for aplicável, com a respectiva quantidade, à vista de sua necessidade e eficácia para “reprovação e prevenção do crime”. Nesse conceito se define a Política Criminal preconizada no Projeto, da qual se deverão extrair todas as suas lógicas consequências.”

reprimenda, não é propriamente a ausência de uma orientação teleológica preponderante na legislação¹⁶, tampouco o referido problema reside na previsão pela lei de circunstâncias judiciais subjetivas, isto é, atreladas à personalidade do agente e conduta social, nem também consiste na ausência da aposição pela lei de uma moldura perfeita da pena à culpabilidade do agente, mas sim o problema que ainda remanesce no sistema atualmente no CPB e tantas outras codificações estrangeiras vigentes, consiste na falta de uma limitação quantitativa de tempo de pena para cada circunstância valorada como negativa pelo juiz.

Se o juiz no caminhar da fixação da pena-base não tiver limites quantitativos para elevação da pena por cada circunstância desfavorável, terá campo fértil para aplicar reprimendas no patamar que bem lhe aprouver, ancorado em qualquer uma das finalidades da pena e, ainda, terá como justificar tal aplicação em mares tranquilos para navegar.

Em outras palavras, ao não se instituir uma fração máxima de elevação por cada uma das oito circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, afigura-se aceitável e possível aplicação de penas bem próximas ao máximo apenas porque o juiz considerou desfavorável uma circunstância judicial, como por exemplo os antecedentes do réu ou as consequências do crime. Obviamente que a referida pena-base fixada próxima ao patamar máximo não está a atender ao princípio da suficiência da pena dentro das perspectivas de reprovação e prevenção. Da mesma forma, não se afigura adequada e suficiente a cumprir as finalidades da pena a fixação de uma pena-base no mínimo ou próxima ao mínimo legal, quando a quantidade de circunstâncias judiciais desfavoráveis indicar a necessidade de punição mais severa, seja para fins de justiça, seja para fins de prevenção geral.

O caso concreto, após análise pormenorizada e racional¹⁷, é que vai dizer se o sentenciado merece uma reprimenda mais ou menos severa segundo os imperativos de retribuição e também prevenção. É perfeitamente possível que um sujeito portador de maus antecedentes em determinado caso concreto sujeito à apreciação do juiz, não tenha cometido um ato dotado de vultosa culpabilidade; ao passo que é possível que outro sujeito com vida pregressa limpa e conduta ilibada termine vindo a cometer um ato de extrema gravidade.

Em ambos os casos parece claro que a pena-base deverá afastar-se do mínimo legal para efeito de observação dos pilares de reprovação e prevenção de crimes. No caso do sujeito com maus antecedentes que veio a cometer ato dotado de culpabilidade reduzida, o argumento para a elevação da pena-base para quantum

¹⁶ Gustavo Octaviano Diniz Junqueira faz duras críticas à suposta falta de unidade sistemática a serviço do arbítrio, ao aduzir: “[...] A ausência de padronização nas teorias e concepções sobre a finalidade da pena, longe de ser acidental e fruto de uma doutrina fragilizada, é vital para a manutenção do arbítrio (se não há um sentido, o detentor do poder escolhe o que quiser). E a concepção chamada mista aditiva, que justapõe tão-só as teorias acerca dos fins da pena – atualmente adotada no Brasil – longe de sanar qualquer problema específico das correntes, multiplica-os”. JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. **Finalidades da Pena**. Barueri: Manole, 2004, p.133.

¹⁷ A necessidade de racionalização da determinação judicial da pena é ressaltado por Anabela Rodrigues e deve provir do próprio sistema. RODRIGUES, Anabela Miranda. **A Determinação da Medida da Pena Privativa de Liberdade**. Coimbra: Coimbra, 1995, p.32.

superior ao mínimo legal é a ênfase na prevenção especial positiva e negativa¹⁸; já na hipótese do sujeito primário que veio a cometer ato dotado de manifesta gravidade, a elevação da pena-base se justifica por questões de prevenção geral e pelo imperativo de justiça.

Contudo, certo é que em nenhum dos casos apontados acima, pode o juiz olvidar de elevar a pena-base de acordo com uma fração máxima por cada circunstância judicial desfavorável, sob pena de incorrer em verdadeiro decisionismo arbitrário, inclusive em afronta ao dever de motivação judicial das decisões previsto na Constituição da República de 1988, art. 93, IX.

Não basta o juiz apontar na sentença que determinada circunstância judicial foi considerada desfavorável ou não, é necessário que se esclareça às partes o porquê de haver fixado a pena-base naquele quantum, não apenas para fins de sindicabilidade da decisão, mas sobretudo para se homenagear concretamente e a um só tempo as finalidades da pena de reprovação, prevenção geral e especial em maior ou menor escala.

Numa leitura rápida do aludido no parágrafo anterior, é possível não se compreender a vinculação entre estabelecer-se frações máximas e mínimas de elevação da pena-base por cada circunstância judicial desfavorável com a atenção conjunta às finalidades da pena, mas se pensarmos que cada uma das circunstâncias judiciais encontram raízes em perspectivas retributivas e utilitaristas, fácil se chega à conclusão da relação umbilical entre o tempo de cumprimento da pena e seus objetivos.

Se a culpabilidade, motivos, circunstâncias, consequências e comportamento da vítima guardam relação com a retribuição equivalente ao fato do autor; por outro lado, os antecedentes, personalidade e conduta social são circunstâncias judiciais atreladas ao autor do fato censurável, portanto, de importância fundamental para análise de maior ou menor necessidade de prevenção especial. É evidente que na retrocena a aplicação da pena termina por demonstrar à coletividade que a norma está vigente e que não vale a pena delinquir, o que representa a prevenção geral.

Conforme anunciado, a academia não tem se ocupado em discutir a questão ora proposta, isto é, a delimitação da discricionariedade judicial na fixação da pena-base mediante a instituição de fração máxima e mínima de elevação da pena-base como forma de atendimento concomitante de todas as finalidades da pena. Porém, já desponta na jurisprudência o entendimento no sentido de que a fração de elevação adequada deve se limitar a no máximo 1/8 (um oitavo)¹⁹, fração essa calculada entre o intervalo entre a pena máxima e mínima, partindo-se da pena mínima.

¹⁸ No caso verifica-se que o sujeito necessita de um pouco mais de tempo de cumprimento da pena para, enfim, lograr seus efeitos positivos de ressocialização, mas também de maior tempo de inocuização, afastado do convívio social temporariamente de maneira a evitar enquanto cumpre a pena o regresso à criminalidade.

¹⁹ vide STJ. HC 345.398/DF, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado 02/06/2016, DJ 10/06/2016; TJDF-TO, APR 0021925-23.2013.8.07.003, Rel. Des. Silva Lemos, Julgado em 01/10/2014, 1ª Turma Criminal; TJPR-1º C. Criminal- AC- 12770674-6- Telêmaco Borba- Rel.: Antonio Loyola Vieira- Unânime - -J. 08.10.2015; TJ-MA-APL: 0000594-22.2013.8.10.0093, Relator: JOÃO SANTA SOUSA, Data de Julgamento: 15/12/2015, PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL, Data da Publicação: 21/12/2015; TJRJ- APC 0206264-61.2011.8.19.0001, Relator: DES. DENISE VACCARI MACHADO PAES, j. 10/07/2012, PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL.

De fato, para se lograr um exato equilíbrio entre os pilares estabelecidos legalmente para a fixação da pena de retribuição e prevenção, faz-se mister estabelecer limitação máxima e mínima de elevação da reprimenda por cada circunstância judicial desfavorável, a fim de se chegar a uma pena justa, adequada e suficiente ao almejado atingimento de seus desideratos, pelo que reputa-se como adequado elevar-se a reprimenda em no máximo 1/8 (um oitavo) e no mínimo 1/16 (um dezesseis avos) por cada circunstância judicial desfavorável.

Em arremate, se por um lado se deve evitar o árbitro judicial na aplicação da pena, por outro, a limitação da discricionariedade não é estabelecer de antemão qual critério é preponderante na fixação da pena, até mesmo porque o legislador fez questão de não instituir critério nenhum relevante no art. 59 do CPB, diferentemente de como fez no art. 42 da Lei de Drogas, Lei 11.343 de 2006²⁰, o que constitui, no caso do CPB, um silêncio eloquente a corroborar a ausência de uma finalidade preponderante da pena no momento de sua aplicação.

Em que pese o mencionado silêncio eloquente, sabe-se que ao instituir o sistema das margens penais, a legislação atual optou por reduzir a liberdade do juiz pela adoção da discricionariedade regrada, em que o juiz pode transitar entre o mínimo e máximo legal para fixar a pena-base, conforme dicção do art. 59, II, do Código Penal em vigor. Vê-se, pois, que o legislador brasileiro abandonou o sistema das penas livres, aplicado no absolutismo, mas também referendou o princípio da individualização da pena, sem, contudo, adotar o sistema das penas fixas, conforme restará demonstrado no capítulo I.

No capítulo II, serão examinadas as principais teorias a respeito das finalidades da pena apresentadas pela doutrina no decorrer da história, teorias essas que fundidas compuseram a teoria unificadora atualmente adotada no Brasil e em grande parte das legislações estrangeiras.

A agregação dos fins de reprovação (justiça no caso concreto), e prevenção, geral e especial, positiva e negativa, serão objeto de estudo no presente trabalho, porque se deve entender as reais vantagens de cada uma das concepções finalísticas que compõem o já mencionado triângulo mágico de aplicação da pena, mas também seus pontos fracos e criticados, até mesmo para efeito de justificar observância das finalidades pelo juiz sentenciante, mas também para efeito de se estabelecer freios a cada uma das finalidades no momento da fixação da pena.

Como consequência prática da fixação da pena-base balizada por limites de elevação por cada vetor desfavorável, mas também como forma de referendar a concorrência finalística de reprovação e prevenção, no capítulo III demonstrar-se-á quais circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CPB são atreladas ao fato e quais dizem respeito ao agente, bem como quais circunstâncias se relacionam com os fins de prevenção e quais com os fins de reprovação.

²⁰ Art. 42 da Lei 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.”

No capítulo IV demonstrar-se-á que no Código Penal Brasileiro não se estabeleceu nenhuma primazia apriorística em relação às circunstâncias judiciais, pois dirige ao juiz a análise conjunta de todas para que se possa procurar atingir as finalidades de reprovação e prevenção de crimes, de maneira suficiente, ou seja, proporcional, cuja proporcionalidade deve ser entendida em sua dupla face: vedação de excesso, mas também vedação proteção deficiente de bem jurídicos, de maneira corporificar a interpretação da norma sob a perspectiva da pretensão de correção. Ainda no mesmo capítulo, apresentar-se-á o critério

limitador do arbítrio judicial na fixação da pena-base, em que se estabelece limite máximo de um oitavo e mínimo de um dezesseis avos de elevação da pena-base para todas as circunstâncias judiciais constantes do rol previsto no art. 59 do CPB, independentemente de ser a circunstância judicial atrelada aos fins de retribuição ou de prevenção. Demonstrar-se-á também que o critério de um oitavo é o que se apresenta mais adequado ao cumprimento das finalidades da pena e ao princípio da proporcionalidade, frente a outros, como por exemplo, o do termo médio.

Após o conhecimento do referido critério, constatar-se-á de forma ainda mais nítida que não se deve estabelecer antes da análise do caso concreto qual finalidade da pena possui preponderância e qual circunstância judicial possui primazia e dever de valoração mais acentuada pelo juiz. Cada uma das circunstâncias judiciais, se considerada desfavorável pelo juiz, não poderá exceder a fração de um oitavo calculado entre a pena mínima e máxima. Também não poderá ser valorada aquém de um dezesseis avos. Só assim, garantir-se-á que todas as finalidades da pena serão levadas em consideração, sem excesso nem deficiência. O caso concreto é que vai definir se determinado réu merece uma reprimenda um pouco maior por questões de prevenção especial ou se o ato que ele praticou deve ser punido de maneira um tanto mais severa diante da grande reprovabilidade, mas nunca para além de um oitavo ou menos de um dezesseis avos, partindo-se do mínimo legal.

O trabalho adotará a perspectiva da legislação vigente, bem como os pontos de partida históricos que culminaram por contemplar a teoria unificadora das finalidades da pena no Código Penal. A pesquisa que compõe o trabalho se baseia em doutrina nacional e estrangeira, bem como jurisprudência nacional pelo método hipotético-dedutivo.

1

CAPÍTULO 1 – Dos sistemas de aplicação da pena na história: do arbítrio total do aplicador à discricionariedade regrade

1.1 Do sistema das penas indeterminadas: a consequência da punição atroz do absolutismo pela tirania do julgador

A problemática da aplicação da pena era desconhecida em tempos remotos, tendo em vista que as sanções penais antes da idade contemporânea como regra não possuíam mensuração, tampouco eram medidas em tempo de prisão, pois se constituíam basicamente pelo implemento de mutilações, extinções físicas, açoites, penas difamantes, enfim, não se conhecia a privação de liberdade como principal consequência penal do crime, mas como custódia provisória para a aplicação da pena definitiva.²¹

As antigas civilizações desconheciam um direito penal de aplicação organizada, até mesmo aquelas que se utilizavam do direito romano, o qual, apesar de ser dotado de reconhecido desenvolvimento no campo do direito civil, não atingiu o mesmo grau de desenvolvimento no tocante ao direito penal²², sendo certo que o arbítrio judicial²³ também foi admitido pelos romanos,

²¹ Grécia e Roma, pois, expoentes do mundo antigo, conheceram a prisão com finalidade eminentemente de custódia, para impedir que o culpado pudesse subtrair-se ao castigo [...] de modo algum podemos admitir nesse período da história sequer um germe da prisão como lugar de cumprimento da pena, já que o catálogo de sanções praticamente se esgotava com a morte, penas corporais e infamantes. BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão**- Causas e alternativas - 5. ed. - São Paulo: Saraiva. 2017. p. 45.

²² La fijeza formal e ideal de conceptos fundamentales que es característica del derecho privado romano, no se trasmitió sino enlimitada medida a la más importante parte del derecho penal, a la parte más importante con mucho, o sea a la del derecho penal público; sobre todo, el delito más antiguo, y el que en todo tiempo tuvo mayor importancia, el crimen contra el Estado, se distinguió siempre por la falta de fijeza y determinación, siendo los Comicios con el magistrado quienes lo definían y quienes a su arbitrio señalaban la correspondiente pena. MOMMSEN, Teodoro. **Derecho Penal Romano**. Pamplona, Navarra: Jimenez Gil Editor, 1999, p.06.

²³ Frise-se que Mesmo sob a égide da Lei Valéria na Roma Antiga, a qual estabelecia certos direitos para os cidadãos romanos, como por exemplo o de apelação ao povo como uma espécie de recurso contra a decisão judicial, o arbítrio

notadamente com o declínio do processo de *questiones* e instituição das *poenae extraordinarie*, cujas penas eram encomendadas à valoração do juiz, o qual possuía ampla discricionariedade, inclusive na decisão entre a aplicação ou não da pena de morte, que acabava por ficar ao arbítrio dos juízes.²⁴

Na era medieval, igualmente, a forma de punição não obedecia a critérios prefixados legalmente, motivo pelo qual, centrava-se na figura do aplicador do castigo penal o alvitre de escolher a punição mais adequada, inclusive de maneira completamente distinta entre um e outro autor, mesmo que estivessem praticado a mesma violação de dever de vida em sociedade, ou seja, o mesmo crime²⁵.

Imperava no medievo a aplicação de castigos extremamente severos como ideia de imposição de medo coletivo²⁶, contudo a forma como esse medo era difundido por intermédio da sentença, não era proveniente de um ato racional e motivado, mas sim oriundo de ordenações divinas, algo metafísico, portanto, incontestável.

Sobre o assunto, leciona o professor Antônio Magalhães Gomes Filho²⁷

Ao direito germânico a ideia de motivação da sentença era de todo estranha, até porque, na cultura dos povos bárbaros que ocuparam o continente europeu após a queda do Império Romano, a decisão era confiada a forças sobrenaturais, cabendo ao magistrado tão só conduzir os mecanismos probatórios – duelos, juramentos, ordálias - pelos quais se manifestava a interferência divina na solução dos conflitos humanos.

Ultrapassada a idade média, a humanidade alcança a idade moderna ainda trazendo consigo o arraigado costume de punições atroz, sangüinárias,

judicial esteve presente, inclusive no tocante à medida da pena, é o que anota Teodoro Mommsen: No quedó en manera alguna abolido con esto el arbitrio del magistrado; aun ahora podía este castigar hechos no fijados como delitos por la ley, sin enerse a procedimiento alguno determinado de antemano por la misma y fijando la medida de la pena a su arbitrio: tal acontecia, de una parte, con lo relativo al derecho de la guerra, y de otra, con lo relativo al ejercicio de la coercición dentro de la ciudad. MOMMSEN, Teodoro. Op. cit. p. 37.

²⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Trad. Ana Paula Zomer Sica; Fauzi Hassan Choukr; Juarez Tavares; Luiz Flávio Gomes. 3 ed. São Paulo: RT, 2010. p. 323-324

²⁵ As sanções criminais na Idade Média estavam submetidas ao arbítrio dos governantes, que as impunham em função do status social a que pertencia o réu. Referidas sanções podiam ser substituídas por prestações em metal ou espécie, restando a pena de prisão, excepcionalmente, para aqueles casos em que os crimes não tinha suficiente gravidade para sofrer condenação à morte ou a penas de mutilação. BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão**- Causas e alternativas - 5. ed. - São Paulo: Saraiva. 2017 p. 46.

²⁶ Na realidade, a lei penal dos tempos medievais tinha como verdadeiro objetivo provocar o medo coletivo. A noção de liberdade e respeito à individualidade humana – afirma Neuman - não existia e as pessoas ficavam ao arbítrio e à mercê dos detentores do poder, que, por sua vez, debatiam-se na instabilidade reinante, típica, por outra parte, dos Estados que procuravam organizar-se institucionalmente. Ibidem. p. 45.

²⁷ GOMES FILHO, Antônio Magalhães, **A motivação das decisões penais**. 2. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais. 2013, p. 45.

corporais, aviltantes, desumanas.²⁸

Oportuno destacar que, enquanto a pena privativa de liberdade não foi instituída como forma principal de punição, o que só veio a ocorrer no princípio do século XIX, existia a denominada indeterminação da cominação sancionatória, ou seja, o arbítrio ilimitado do aplicador da pena pela adoção da lógica inerente aos juízos de Deus:

Se o rei exercia os seus poderes terrenos “por graça de Deus”, nada mais natural que no exercício desses mesmos poderes ele e seus agentes estivessem isentos de dar qualquer justificação do seus atos²⁹.

Isso se explica porque, mesmo após o Estado tomar para si o monopólio da aplicação das penas, superando-se, pois, a fase das vinganças privadas, bem como das vinganças divinas, entendia-se como necessário demonstrar poder de forma implacável como instrumento, não apenas de expiação, castigo, retribuição, mas sobretudo de manutenção do soberano, notadamente com o advento do absolutismo, que foi a forma de organização política predominante nos Estados Europeus entre os séculos XV ao XVIII.

A lógica punitiva do arbítrio total do julgador foi adotada no período absolutista, tendo em vista que a concepção do poder absoluto exercido pelos Reis pressupunha a concentração das funções legislativas executivas e judiciais. Era o Rei o Senhor da Justiça, pois era o único responsável por produzir, executar e julgar todas as leis no âmbito de seu território.

O Rei exercia sua autoridade, a qual era aceita por todos e legitimada pela sociedade em razão da infusão da teoria do direito divino³⁰, a qual pregava que o Rei havia sido eleito por Deus para exercer os poderes que, portanto, eram considerados sagrados e acima de todas as leis humanas. A vontade divina deveria ser obedecida sem nenhum questionamento. Quem porventura se rebelasse contra o poder do Rei ficava sujeito a severas retaliações, cujo comportamento era tido inclusive como herético e criminoso.³¹

Ressalte-se, todavia, que não apenas a teoria do direito divino dava ensanchas ao poder irrestrito e concentrado nas mãos do soberano. O Estado

²⁸ Michel Foucault descreve com riqueza de detalhes as sessões de suplicio por que passou o condenado Damiens, no ano de 1757 em Paris pela prática de parricídio. O condenado Damiens, mesmo após pedir publicamente perdão pelo mal cometido, foi transportado em carroça pelas vias públicas e lentamente torturado e esquartejado. FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. 42. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2014. p. 09 -11.

²⁹ GOMES FILHO, Antônio Magalhães, **A motivação das decisões penais**. 2. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais. 2013, p. 47.

³⁰ Os teóricos de maior relevo que defenderam a ideia do direito divino foram Jean Bodin, autor da obra *Seis Livros da República* e Jacques Bossuet, autor de *Política segundo a Sagrada Escritura*

³¹ “Na visão de Bossuet, a monarquia constitui forma original de governo, mais durável e mais forte. A autoridade real é sagrada, uma vez que os príncipes são ministros de Deus, o verdadeiro rei, cujo império é eterno, exercido desde a criação. Por isso, quem resiste ao poder do príncipe vai de encontro à ordem de Deus, motivo pelo qual deve ser punido com a morte.” BOSSUET, Jacques. *Politique Tirée de L'Écriture Sainte*, t. I, p. 356, apud MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. **Fundamentos da pena**. 3ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016, p. 96. Trad. do autor.

absolutista também se ancorou nas ideias de Nicolau Maquiavel, autor da obra “O Príncipe, escrita em 1513, que apesar de ser um teórico adepto da laicidade do Estado pelo primado da política, sustentava que o monarca detinha o poder de aplicar as punições como bem lhes aprouvesse, ou seja, sem regramentos e assim o fazia justificado pelas denominadas razões de Estado, razões essas em que se propugnava que o poder do príncipe não estava atrelado às leis³², cuja legitimação derivava da necessidade de se garantir a segurança da sociedade e preservação do soberano, inclusive com o uso da força na aplicação dos castigos em face dos indivíduos que pusessem em risco o poder do Rei:

Assim, Maquiavel justificava os castigos como forma de intimidação, para a segurança da sociedade e garantia do poder do soberano, concepção própria do absolutismo, que não visava a outra finalidade da pena, a não ser de inculcar temor em nome da salvaguarda da monarquia absoluta.³³

Mesmo após o contratualismo, o panorama não se modificou, pois se fazia ainda necessária a manutenção do poder da coroa mediante a imposição de contundentes sanções em face do indivíduo transgressor do pacto social.

Expoente que trouxe à lume a teoria do contrato social, Tomas Hobbes, no século XVII, preocupou-se em defender a perspectiva teórica do absolutismo. Publicou na sua obra denominada *Leviatã* a necessidade de o Estado se sobrepor aos indivíduos. Pelo pensamento de Hobbes, os homens vivem em estado de natureza. A natureza ruim e egoística dos homens os submetia a um permanente estado de guerra de homens contra homens. O homem “lobo do homem”, por temer a morte e o fracasso, acabou por instituir o contrato social, contrato este em que cada indivíduo abdicava de parcela de sua liberdade de exercer a força para viverem em paz, e assim o fazem, entregando todo o poder ao soberano.

Nessa ótica, o Estado absoluto, pelo *leviatã*, ou seja, o soberano, sobrepujava o estado natural dos homens súditos em razão do contrato social ora firmado. Contudo, na hipótese de violação das regras do contrato social, cabia ao soberano o poder de infligir atos de hostilidade em face do homem considerado inimigo do Estado, inclusive com bastante rigor e sem observância a margens penais:

Para Hobbes, como defensor do Estado absoluto, trata-se de um inimigo a quem é mister conter com força ilimitada, sem respeitar sequer as margens da pena, porque deixou de ser um súdito.³⁴

³² “A teoria da razão de Estado é portanto outra maneira de afirmar o absolutismo do poder soberano, o qual não está obrigado a obedecer nem às leis jurídicas nem às leis morais.” BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant**. 2ª ed. Tradução: Alfredo Fait. São Paulo: Mandarin, 2000. p.14.

³³ MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. **Fundamentos da pena**. 3ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016, p.82.

³⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2016. p. 127

A vetusta forma de reação penal caracterizada pela indeterminação da pena aplicada pelo pleno alvitre do juiz dotado de poderes ilimitados e a consequente marca da barbárie foi dominante até o período anterior ao advento do direito penal humanitário, pós-iluminismo, em meados do século XVIII³⁵.

Aníbal Bruno bem sintetiza o período absolutista no tocante à aplicação da pena:

Sob o regime desse direito, nos vários países, nesse longo e sombrio período da história penal, o absolutismo do poder público, com a preocupação a defesa do príncipe e da religião, cujos interesses se confundiam, e que introduziu o critério da razão de Estado no direito penal, o árbitro judiciário, praticamente sem limites, não só na determinação da pena, como ainda, muitas vezes, na definição dos crimes, criava em volta da justiça punitiva uma atmosfera de incerteza, insegurança e justificado o terror. Justificado por esse regime injusto e cruel, assente sobre a iníqua desigualdade de punição para nobres e plebeus, e o seu sistema repressivo, com a pena capital aplicada com monstruosa frequência e executada por meios brutais e atrozes, como a forca a fogueira, a roda, o afogamento, a estrangulação, o arrastamento, o arrancamento das vísceras, o enterramento em vida, o esquartejamento; as torturas em que a imaginação se exercitava na invenção dos meios mais engenhosos de fazer sofrer e multiplicar e prolongar o sofrimento; as mutilações, como as de pés, mãos, línguas, lábios, nariz, orelhas, castração; os açoites; as penas propriamente infamantes, e onde a pena privativa de liberdade, quando usada, se tornava hedionda pelas condições em que então se executava.³⁶

Cabe esclarecer que a indeterminação da pena volta à cena do direito penal no século XIX, porém sob outra roupagem e com bases pretensamente científicas propugnadas pela escola positivista, cujo pensamento para legitimação do sistema penal centrava-se na figura do delinquente e na necessidade de defesa social em face de pessoas tidas como anormais, perigosas, as quais necessitariam de tratamento por tempo não previamente determinado pelo juiz até se reabilitarem ao convívio social.³⁷

³⁵ RODRIGUES, Anabela Miranda. **A Determinação da Medida da Pena Privativa de Liberdade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p.60.

³⁶ BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**. Tomo I. 3. Ed. Editora Forense. Rio de Janeiro. 1997. p. 88.

³⁷ O tratamento dos inimputáveis portadores de doença mental ainda hoje na legislação é assemelhado ao aplicado pela escola positiva, porquanto as medidas de segurança não possuem prazo previamente determinado, como se observa na leitura do art. 97 do CPB, contudo, a jurisprudência vem relativizando essa característica das medidas de segurança a fim de não acarretar efeito equiparado ao de prisão perpétua, o que é vedado pela CF/88, o que motivou a edição do enunciado nº 527 da súmula de jurisprudência do STJ. Na justiça infanto-juvenil, identicamente, há previsão de medidas socioeducativas por prazo indeterminado, inclusive em meio fechado (art.121§2º, do ECA), as quais se submetem apenas a regulares reavaliações e se limitam a 3 anos. 38 Pontua Sílvia Alves: "Fazer justiça ou castigar os delitos é portanto obrigação própria dos reis. O ius puniendi apresenta-se ainda como um atributo

1.2 Do sistema das penas fixas: a consequência da humanização das penas do ideário iluminista e o julgador “boca inanimada da lei”

Como visto, a práxis da indeterminação da cominação sancionatória, caracterizada pelo juiz na escolha da espécie e medida da pena, perdurou em regra até o século XVIII, ou seja, até o declínio do antigo regime.

Com a ascensão da classe burguesa ao poder, concomitantemente ao movimento de ilustração, instituiu-se uma verdadeira revolução, isto é, uma virada completa de valores, o que repercutiu na aplicação da pena e na concepção do direito de punir, que passou a ter feições mais humanitárias.

Enquanto o antigo regime sustentava suas bases na ideia de centralização política na figura do soberano absoluto, senhor da justiça e, portanto, da pena instrumento da manutenção do poderio do Rei³⁸, a burguesia pregava as ideias de um Estado liberal, cujas normas jurídicas tinham como desiderato, não a proteção do soberano contra o eventual rebelar dos súditos, mas sim a proteção dos indivíduos em face dos excessos do poder estatal.

Nessa ambiência, despontaram teóricos do iluminismo como Jean Jacques Rousseau, autor de “O contrato social” e Montesquieu. Este, na sua obra “O Espírito das Leis”, de 1748, sustentou que o juiz deveria funcionar como mero “boca inanimada da lei”³⁹

Portanto, da tripartição dos poderes, calcada na ideia de contenção de excessos, surgiu a ideia de supressão do poder de decisão ao alvedrio do juiz, o que significa exatamente que o julgador seguia o império da norma posta e que dela não poderia se afastar. O julgador não possuía nenhuma margem de discricionariedade. A vontade da lei era o bastante para se fazer justiça, pois elaborada conforme a vontade popular pautada na igualdade, fraternidade e liberdade.

Todos se sujeitavam às mesmas leis sem distinções nem privilégios a quaisquer classes sociais, diferentemente do que ocorria no sistema absolutista, em que privilégios eram concedidos aos estamentos superiores, ou seja, nobreza e clero,

exclusivo do soberano. O poder coactivo pertence apenas ao monarca - à medida que uma Nação se vai civilizando, todos os ressentimentos vêm quebrar-se aos pés do trono da Lei. Por outras palavras, numa monarquia bem regulada, o direito de punir só deve pertencer ao príncipe.” ALVES, Sílvia. **Punir e humanizar**. O direito penal setecentista. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014, p.94.

³⁹ Segundo as palavras do Barão de Montesquieu: “Poderia acontecer que a lei, que é ao mesmo tempo clarividente e cega, fosse, em certos casos, rigorosa demais. Mas os juízes da nação são apenas, como já dissemos, a boca que pronuncia as palavras da lei; são seres inanimados que não podem moderar nem sua força, nem seu rigor. Assim, é a parte do corpo legislativo que acabamos de dizer ter sido, em outra oportunidade, um tribunal necessário que se mostra de novo necessária agora- sua autoridade suprema deve moderar a lei em favor da própria lei, sentenciando com menos rigor do que ela.” MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p.175.

como por exemplo o não pagamento de impostos e a imposição de penas menos severas.

Se todos os indivíduos signatários do pacto social eram iguais, evidentemente as consequências dos crimes deveriam ser milimetricamente iguais a todos, o que deu respaldo ao que se denomina sistema de penas fixas.

Cesare Beccaria foi um dos entusiastas do sistema das penas fixas, crendo na humanidade do método igualitário:

“A primeira consequência desses princípios é que só as leis podem fixar as penas de cada delito e que o direito de fazer leis penais não pode residir senão na pessoa do legislador, que representa toda a sociedade unida por um contrato social. Ora, o magistrado, que também faz parte da sociedade, não pode com justiça infligir a outro membro dessa sociedade uma pena que não seja estatuída pela lei; e, do momento em que o juiz é mais severo do que a lei, ele é injusto, pois acrescenta um castigo novo

ao que já está determinado. Segue-se que nenhum magistrado pode, mesmo sob o pretexto do bem público, aumentar a pena pronunciada contra o crime de um cidadão.”⁴⁰

Sob a influência revolucionária pós-queda da Bastilha, surgiu o movimento das codificações, tendo o Código Penal Francês de 1791 adotado o modelo de penas fixas.

No Brasil, observa-se no Código Penal do Império, de 1830, penas fixas aplicadas a alguns delitos, como por exemplo o homicídio qualificado⁴¹, bem como o rechaço ao arbítrio judicial:

O Cod. Crim., nos arts. 1º, 2º §§ 1º e 3º.", condennou o systema das penas arbitrarías, e quando nos arts. 16, 17 e 18, tratou das circumstancias aggravantes e attenuantes, não fez distincção alguma entre ellas; consignou-as por classes, dando a cada uma das aggravantes, como a cada uma das attenuantes, igual valor. Da combinação dos arts. 15 e 63 não é possível logicamente concluir-se de modo contrario á ultima opinião. E o art. 33 nos parece terminante — nenhum crime será punido com penas que não estejam estabelecidas nas leis, nem com mais ou menos daquellas que existirem decretadas para punir o crime no gráo máximo, médio ou minimo, *salvo o caso em que aos juizes se permittir arbitrio*. Ora, os casos, em que o legislador permittiu aibitrio aos juizes, estão especificados nos arts. 18 §§ 10,

⁴⁰ BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das penas**. 2.ed. São Paulo: Edipro, 2015, p. 24.

⁴¹ Art. 192. Matar alguém com qualquer das circumstancias aggravantes mencionadas no artigo dezaseis, numeros dous, sete, dez, onze, doze, treze, quatorze, e dezasete.. Penas - de morte no gráo maximo; galés perpetuas no médio; e de prisão com trabalho por vinte annos no minimo.

19, 60 e 296, e nenhum arbítrio mais têm os juizes, o que não aconteceria se possível fosse comparar e pesar circunstâncias e discripcionariamente fazer a aplicação da pena.⁴²

Porém, malgrado a intenção de se evitar arbitrariedades, o sistema de penas fixas fracassou ao não permitir uma criteriosa individualização da pena ao sujeito que praticou o ato crimino⁴³. O tratamento equânime de pessoas desiguais é tão injusto quanto se tratar de forma distinta pessoas e fatos equivalentes. Conforme bem frisou Rui Barbosa na conhecida oração dos moços:

A regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualem. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. O mais são desvarios da inveja, do orgulho, ou da loucura. Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real⁴⁴.

1.3 Do sistema das margens penais: a consequência da necessária individualização da pena pela consideração de aspectos pessoais

Não há dúvidas de que a humanidade passa por ciclos de marchas e contramarchas e que essa pendularidade de valores influi, como era de se esperar, na aplicação das penas. O instrumento mais imponente que Estado possui, ou seja, a pena, não estava sendo o bastante forte para conter a violência advinda das massas.

O contingente de excluídos passou a agir em face dos novéis detentores do poder, o que estava a preocupar e a exigir o incremento das punições conforme a periculosidade do autor e da possibilidade de recidiva criminosa

⁴² TINOCO, Antônio Luiz. **Código criminal do Império do Brasil anotado**. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003, p. 121-122.

⁴³ “No início do século passado, entretanto, ao influxo das idéias vencedoras com a Revolução Francesa, e a conseqüente declaração da igualdade de todos perante a lei, passou-se, em matéria penal, a legislar em sentido oposto. A defesa das liberdades individuais promovia o rompimento com a tradição do Direito medieval e o arbítrio judicial era erigido à categoria de algo nefasto na perfeita distribuição da justiça. “Para evitar todo e qualquer personalismo — ensina o Prof. NoÉ AZEVEDO — constituiu-se um Direito Penal puramente objetivo. Os seus aplicadores não deveriam preocupar-se com a condição dos delinquentes e sim com o fato e todas as suas circunstâncias. Assim se transformaram os crimes em verdadeiras entidades jurídicas. O juiz julgava o delito e não o delinquent” SOUZA, M. B. DE. A individualização da pena no Direito Penal Comparado latino-americano. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, v. 59, p. 217- 280, 29 dez. 1963, p. 226.

⁴⁴ BARBOSA, Rui. **Oração aos Moços**: edição popular anotada por Adriano da Gama Kury. – 5. ed. – Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1997, p. 26.

O cientificismo passou a ser a ordem do dia, cujo método indutivo empregado informava a peculiaridade de cada indivíduo, como propensos ou não propensos a delinquir, como mais dignos de atenção e combate, outros não.⁴⁵

Impactou, portanto, a necessidade de defesa social, a qual passou a ser considerada mediante a utilização de um direito penal apto a garantir aos membros da coletividade a paz necessária para a manutenção do convívio social.

Dentro dessa nova realidade, passou-se a conceber a necessidade de se individualizar as penas, de maneira a desprender o direito das fórmulas puramente abstratas. À ideia preconcebida de justiça que imperava dantes, aliou-se o anseio de defesa social, razão pela qual, necessário se faria que o juiz perante um fato concreto não aplicasse mecanicamente a norma penal sem trégua e sem perquirições individualizadas⁴⁶. Um espaço de liberdade para o juiz trabalhar a fixação da pena era curial.

Para fielmente se cumprir os desideratos do direito penal, portanto, fez-se necessária a adaptação da pena ao indivíduo, como assinala Saleilles:

“Se, pois, olharmos assim para a pena, em seu fim, considerando o futuro e para a realização de um fim, é preciso que essa pena se adapte à natureza de quem ela recairá. Se o criminoso não está de todo pervertido, é necessário que a pena seja contra ele e, em proveito da sociedade, uma medida de defesa e preservação radicais.”⁴⁷

As codificações, portanto, passaram a adotar penas relativamente indeterminadas, em que o legislador passou a fixar penas em patamares mínimos e máximos no preceito secundário do tipo penal, em cuja margem o juiz possui discricionariedade para individualizar a pena⁴⁸. O Código Penal Francês de 1810 adotou o referido sistema de margens penais, abandonando o sistema inflexível previsto no Código anterior, de 1791.

No Brasil, no Código Criminal do Império de 1830 havia uma previsão muito tímida de modulação das penas pelo juiz, pois apenas permitia que ele trabalhasse perante três graus bastante delimitados. Assim previa:

“Art. 63. Quando este Código não impõe pena determinada, fixando sómente o maximo, e o minimo, considerar-se-hão tres graus nos crimes, com atenção ás suas circunstancias aggravantes, ou attenuantes, sendo maximo o de maior gravidade, á que se imporá o maximo da pena; o minimo o da

⁴⁵ ZAFFARONI. O inimigo no direito penal, p.91

⁴⁶ SALEILLES, Raymond. **A individualização da pena**. São Paulo: Rideel, 2006, p. 25-27

⁴⁷ Ibidem, p. 31.

⁴⁸ “A legalidade da pena, diferentemente do que sucedeu no primeiro Código Penal oriundo da Revolução Francesa (Cód. Francês de 1791), não exige que a pena seja em concreto fixada pela lei, num sistema de penas fixas. As penas, em todos os demais Códigos posteriores àquele, exigem, em certa medida, a sua individualização judicial. Mas o âmbito de individualização consentida deve ser demarcado pela lei.” FERREIRA, Manuel Cavaleiro. Lições de direito penal: parte geral. Lisboa: Almedina, 1989, p. 47.

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.”

Por sua vez, o Código Criminal da República de 1890 trazia no art. 62, subgraus, entre os três já previstos no revogado Código de 1830, quando incidissem causas agravantes e atenuantes.

Percebe-se, portanto, que o sistema de margens penais, tal como previsto atualmente, apenas foi adotado no Código Penal de 1940⁴⁹.

⁴⁹ “Pelo novo Código , o legislador delegou ao juiz , avisadamente, “um árbitro, prudente e relative, como deve ser todo arbítrio, ditando normas taxativas para limitá-lo e conduzi-lo no caso concreto, bema o contrário do rígido e inflexível sistema de graus adotado pelo Código de 1890.” BOSCHI. José Antônio Paganella. Das penas e seus critérios de aplicação. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002p. 172-173.CAPÍTULO 2 – Fins da pena sob a perspectiva histórica: o caminho do pensamento jurídico a respeito da punição de caráter absoluto do castigo ao de retribuição- prevenção.

2

CAPÍTULO 2 – Fins da pena sob a perspectiva histórica: o caminho do pensamento jurídico a respeito da punição de caráter absoluto do castigo ao de retribuição- prevenção.

2.1 O trívio da legitimação penal: reprovação, prevenção e retribuição-prevenção

Para se entender a norma posta prevista no art. 59, *in fine*, do CPB em vigor, no qual se explicita as finalidades da pena como reprovação e prevenção de crimes, é necessário compreender como se construíram as teorias legitimadoras da pena no passar do tempo, de que matrizes decorreram a escolha do legislador brasileiro por se adotar a teoria eclética, a qual deita raízes na doutrina de Adolf Merkel e que agrega feições retributivistas e utilitaristas numa única ordem⁵⁰. Que escolas penais influenciaram tal opção e que de clássico e positivo encontramos no mencionado art. 59. Um passeio nas codificações estrangeiras também é um ponto de partida. O fato é que, o legislador impõe ao juiz ao aplicar a pena, o dever de mirar aspectos preventivos, sem descuidar do caráter repressivo pela reprovabilidade.

O ponto de chegada de nosso legislador pela adoção da teoria mista, a qual agrega aspectos das teorias absolutas e relativas e as sintetiza, deve ser compreendido pelo conhecimento de cada uma das teorias que encampam as ideias a respeito das finalidades da pena. A pena seria aplicada para meramente se fazer justiça? Seria aplicada com a missão de se evitar novos delitos? Seria aplicada para se fazer justiça e ainda se evitar novos delitos?

Enfim, conforme leciona Miguel Reale Júnior, o legislador brasileiro optou por adotar a retribuição proporcionada, ou seja, baseada e limitada pelo Direito Penal

⁵⁰ MERKEL, Adolf. **Derecho penal**: parte general. Montevideo: Buenos Aires: BdeF, 2006, p. 190.

da culpa, esta observada sob a ótica do livre arbítrio, mas também crendo na perspectiva intimidadora da pena sob o aspecto educativo, uma vez que “ao se individualizar a pena age-se não só em função do necessário para o réu mas para com o necessário à sociedade”.⁵¹

2.2 Retributivismo: a pena como instrumento de justiça (justa paga pelo mal causado)

Na trilha evolutiva do direito penal se estabeleceram diferentes contextos em que se justificava o poder de punir a quem agira em desconformidade com o que se esperava no âmbito de uma sociedade. Desde que o Estado avocou para si exclusivamente o poder de punir, superando-se, pois, a fase das vinditas, vinganças privadas, em que prevalecia tão somente o uso da força na antiguidade, entende-se que o direito penal tem como escopo fundamental regular a convivência social e a sanção penal, por consequência, tinha como função assegurar a manutenção da concepção do Estado então presente e dominante.

Como mencionado no capítulo anterior, no âmbito do Estado absolutista, a pena tinha como fundamento a teoria do direito divino e se prestava a castigar a quem ousasse afrontar as regras estabelecidas pelo Rei, sendo este escolhido por Deus. A figura do Rei se confundia com o próprio Estado, que por sua vez reunia o que se entendia por legalidade e justiça. Nessa época, a função da pena se cingia ao castigo aplicado a quem cometesse crimes ou pecados que atentassem a Deus. Não havia separação perceptível entre crime e pecado nem entre Estado e Igreja. O apelo moral imposto pelo divino era o pano de fundo das punições, nos mais das vezes dotadas de extrema carga de sofrimento e crueldade ao apenado, frutos da vontade tirânica do monarca.

Ultrapassada a era do absolutismo com o advento do iluminismo, do mercantilismo e da assunção do poder pela burguesia, adotou-se o conceito de contrato social de convivência, cujos agrupamentos sociais abdicaram, por necessidade, de parcela de sua liberdade individual em prol da coletividade e da segurança. Nesse contexto, o soberano escolhido pelo contrato social como a pessoa encarregada de garantir a paz interna, autorizava-se a ele próprio castigar impiedosamente ao traidor das normas do pacto social.

Nota-se então que, seja por satisfação do divino, seja por necessidade de manutenção do contrato social, a função da pena não perpassava à mera retribuição, devolução do mal do crime com o mal da pena. Portanto, para os adeptos das teorias absolutas ou retribucionistas da pena, não se cogitava caráter utilitário nas punições, que eram tidas como um fim em si mesmas.

Três nomes podem ser citados como expoentes da teoria absoluta da pena, a saber: Kant, Hegel, estes, filósofos influenciados pela doutrina do Estado liberal da

⁵¹ REALE JÚNIOR, Miguel Reale. **Penas e Medida de Segurança no Novo Código**. Forense. 1987. p. 165

segunda metade do século XIX, de origem alemã, bem como pelo jurista italiano, Francesco Carrara.

2.2.1 Retribuição moral de raiz kantiana

A retribuição pautada nas ideias de Immanuel Kant se caracteriza pela necessidade ética de se fazer justiça. O sujeito que delinuiu dotado de racionalidade haveria de ser sempre punido para efeito de satisfação de um imperativo categórico de justiça. Na visão do filósofo, o castigo se prestava a compensar o mal, restabelecendo-se, pois, a ordem moral violada pelo delito.

O imperativo categórico deriva da razão em agir moralmente. Entende-se por imperativos categóricos as leis morais universais, tais como o dever de não mentir, de não matar, de que se extrai a conhecida máxima de que: não faça com os outros o que não quer que se faça com si mesmo⁵². Constitui um juízo sintético apriorístico dos indivíduos que não decorre da experiência humana, mas que do homem é inerente, ou seja, da razão pura. Daí se extrai a visão moral da filosofia kantiana.

O direito não precisa regular o que se deve fazer, porque o dever-ser está contido nos imperativos categóricos. Todavia, o direito serve para penalizar o que não se deve fazer, ou seja, as violações aos imperativos categóricos.

Portanto, Immanuel Kant enxerga eticidade na retribuição, um caráter moral de justiça. Em sua obra “A metafísica dos costumes”, defende o rigor de punição ao súdito que viesse a descumprir a manifestação do dever-ser contidos nos imperativos categóricos de “não matarás”, “não furtarás”, enfim de não delinquir, cujo castigo infligido poderia ser até mesmo a morte.⁵³

Dessa forma, observa-se que Kant não aderiu às ideias abolicionistas de Beccaria⁵⁴, no tocante à pena capital e argumenta que não se faz necessária sua autorização em contrato social por cada indivíduo, porque, se assim o fosse, ninguém haveria de querer ser punido com a morte. Ademais, certo é que a aplicação da pena capital não deve decorrer da vontade do próprio criminoso, porque dessa maneira outorgar-se-ia ao próprio delinquente o poder de decidir e executar a própria sentença. Logo, a interpretação compassiva do Marquês humanista, culminaria por representar a unidos numa mesma e única pessoa do

⁵² KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**: contendo a doutrina de direito e a doutrina da virtude. Bauru: Edipro, 2003, p. 175.

⁵³ Ibidem, p. 177.

⁵⁴ Beccaria no §XVI de sua obra *Dos delitos e das penas* assinala sua lógica abolicionista da pena capital: “A soberania e as leis não são mais do que a soma das pequenas porções de liberdade que cada um cedeu à sociedade. Representam a vontade geral, resultado da união das vontades particulares. Mas quem já pensou em dar a outros homens o direito de tirar-lhe a vida? Será o caso de supor que, no sacrifício que faz de uma pequena parte de sua liberdade, tenha cada indivíduo almejado arriscar a própria existência, o mais precioso de todos os bens?” BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das penas**. 2.ed. São Paulo: Edipro, 2015, p. 55.

juízo sobre um direito e a realização deste direito⁵⁵.

Além disso, pela concepção kantiana, a pena possui caráter absoluto, isto é, é um fim em si mesmo pela realização da justiça aplicada a quem quis praticar uma ação punível. Rechaça-se a instrumentalização do homem, razão pela qual, pela filosofia de Kant, a punição não deveria visar fins utilitários, ou seja, fins outros que não a própria retribuição pelo malfeito, sob pena de utilização do homem como um mero objeto a serviço de outros propósitos que perpassasse sua individualidade, o que feriria sua dignidade⁵⁶.

Por outro lado, a prática de um delito pressupunha inevitavelmente a imposição de uma reprimenda, pois a razão universal de Kant possui bases rígidas e não comportam exceções, motivo pelo qual apregoa que mesmo que uma sociedade civil tivesse que se dissolver pelo assentimento de todos os seus membros e apenas restasse o último assassino na prisão, este deveria de ser antes executado, recebendo o seu castigo sangüinário merecido, a fim de que os demais indivíduos não fossem coniventes com a violação pública de justiça.⁵⁷

No tocante ao tipo e quantidade de punição aplicada pela justiça pública, isto é, pelas mãos de um juiz e não por um julgamento particular, Kant vinculava-se ao talião, pois, segundo ele, somente a *ius talionis* seria capaz de especificar definitivamente a qualidade e quantidade de punição numa sentença de pura e estrita justiça.⁵⁸

Apesar da vinculação ao talião, o que remonta no senso comum a punições bárbaras, desumanas, identifica-se na doutrina de Kant aspectos garantistas, como por exemplo o dever de observância ao princípio da proporcionalidade. Conforme entendimento do filósofo, a sentença de morte pronunciada para todo criminoso deveria ser proporcional à sua perversidade interior.⁵⁹

Ao comentar a veia liberal verificada no idealismo alemão, Bernardo Feijoo Sánchez tece críticas a Luigi Ferrajoli e demais autores que, desavisadamente, rotula Kant como autoritário, por supostamente permitir o direito penal máximo e sofrimentos infligidos com base em meras crenças supersticiosas. O autor espanhol rebate o italiano aduzindo que classificar tanto as doutrinas de Kant quanto de Hegel como modelos autoritários, demonstra mais prejuízos do que conhecimento acerca das obras dos dois autores. Afirma ainda, Feijoo Sánchez, que não se pode fazer aquele tipo de afirmação, inclusive, a um autor como Kant, que foi um dos primeiros a defender sistematicamente a liberdade segundo uma lei geral que consagrava direitos do homem por decorrência de sua própria humanidade. Sustenta, inclusive, que Kant teria sido um referente crítico às estratégias de terror penal.⁶⁰

⁵⁵ KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**: contendo a doutrina de direito e a doutrina da virtude. Bauru: Edipro, 2003, p. 178-179.

⁵⁶ Ibidem p. 174-175.

⁵⁷ Ibidem p. 176.

⁵⁸ Ibidem. p. 175.

⁵⁹ Ibidem. p. 176

⁶⁰ SÁNCHEZ, Bernardo Feijoo. **Retribución y Prevención General**: Um estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del derecho penal. Buenos Aires: B de F Ltda, 2007, p. 70-71.

Portanto, conclui-se que, embora Kant enalteça a aplicação da lei de talião e ainda defenda uma ideia absoluta de pena, renunciando, pois, a sua utilização para fins diversos da retribuição moral, é possível identificar em sua doutrina avanços humanitários, haja vista a sua preocupação com a medida da punição, segurança jurídica e objeção à arbitrariedade do julgador, evitando-se, portanto, soluções jurídicas tidas como injustas.⁶¹

2.2.2 Retribuição jurídica de raiz hegeliana

Hegel fundamenta a pena sob o caráter jurídico e atribui à punição o papel de retribuição em detrimento de quem negava com a prática do delito a manifestação da vontade geral que estabelecia as normas de conduta e regulação do convívio em coletividade. A pena seria a “negação da negação”, isto é, numa relação dialética, o crime seria a expressão da negação da ordem jurídica. A pena, dessa forma, funcionaria como a negação do crime, o que se prestaria a reafirmar a vontade geral retratada na norma jurídica.⁶²

Cumprir-se em conta que o contexto histórico em que se desenvolveu a filosofia do direito de Hegel já contava com a assunção do poder pela burguesia. O Estado, desta feita, tomado pela classe burguesa, necessitava de respaldo jurídico para poder se manter, tendo buscado na filosofia Hegeliana seu sustentáculo, na medida em que pregava o dever de obediência às normas produzidas pela novel classe dominante política e economicamente.⁶³

Segundo Figueiredo Dias, é inegável que a filosofia idealista alemã, da qual se enquadra Georg Hegel, “servia os interesses e propósitos da burguesia em ascensão”.⁶⁴

Dessa forma, a punição se assentava no desiderato de conservação da própria ordem jurídica dominante que fora violada pela prática do crime.

Frise-se que, a retribuição jurídica de Hegel admitia, para efeito de manutenção e restauração da ordem jurídica do Estado, a imposição da pena de morte, inclusive. Nesse ponto, a doutrina de Hegel se opunha à de Beccaria, ao

⁶¹ Ibidem, p. 76-77.

⁶² HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios da filosofia do direito**. Trad. Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 87.

⁶³ Conforme lição do professor Alysson Mascaro: “O pensamento de Hegel representa a grande virada em relação à tradição da filosofia do direito moderna. Numa trilha que vai de Locke a Kant, o iluminismo insiste em conteúdos universais do direito, extraídos da razão individual. Contra a realidade absolutista, os burgueses iluministas apregoavam o direito natural da razão. Mas Hegel, em outra etapa, já na virada para o século XIX, não trata de opor, em face do Estado, algum direito da razão individual. O Estado já é burguês. A própria burguesia, que defendia um direito universalista, consolidava-se no poder de cada Estado nacional e se adaptava às contingências específicas valendo-se do direito positivo que agora lhe pertencia. A burguesia, que passara séculos defendendo uma filosofia do direito jusracionalista, agora era juspositivista. Sua visão jusfilosófica, que se pretendia eterna e universal, paradoxalmente mudou”. MASCARO, Alysson Leandro. **Filosofia do direito**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 238.

⁶⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais do direito penal revisitadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 70.

entender que o Estado não se constitui em forma de contrato e, sendo assim, não haveria necessidade de consentimento dos indivíduos para com a pena de morte⁶⁵.

Contudo, cabe se fazer uma ressalva no tocante à severidade dos castigos na concepção Hegeliana. A retribuição de Hegel não pressupunha observância ao talião em todos os casos de determinação da pena. Para Hegel, sempre se deve responder um delito com uma pena, mas a gravidade da pena deve se afinar com as necessidades da sociedade. Logo, para fins de restabelecimento do direito, o que vai importar no tocante à dimensão da reprimenda não é a gravidade da pena de acordo com a gravidade da lesão provocada pela lógica “olho por olho dente por dente”, mas sim, a gravidade do fato reprovável. A perspectiva de Hegel não enxergava o efetivo prejuízo como critério de quantificação da pena, mas o perigo que o delito encerra para a sociedade⁶⁶.

Bernardo Feijoo Sánchez exemplifica a situação envolvendo dois crimes, em que fica nítida a importância em se distinguir a pena, quando relacionada à reprovação do fato do autor, da quando é estritamente relacionada com o efetivo prejuízo dele decorrente. Um homicídio doloso tentado, na perspectiva Hegeliana deveria corresponder a uma reprimenda mais severa do que a de um homicídio culposos consumado. Embora a consequência do homicídio culposos consumado fosse evidente maior pelo resultado morte, o fato de tentar-se com consciência e vontade contra a vida de alguém é evidentemente mais reprovável do que se tirar a vida de alguém em razão de um ato imprudente. É bem de ver que se Hegel seguisse a lógica taliônica, a consequência do homicídio culposos seria maior, ou seja, o autor do fato seria punido com a morte.⁶⁷

Como se nota, a retribuição jurídica de Hegel também trazia como aspecto relevante a preocupação com a proporcionalidade e pena⁶⁸, embora não reconhecesse como meta prioritária aspectos utilitários, razão qual, o filósofo alemão é enquadrado pela doutrina, ao lado do também germânico Kant, como um dos grandes ícones das teorias absolutas da pena. A pena, portanto, seria um fim em si mesmo, sob pena de ofender-se a dignidade da pessoa do condenado pela outorga de fins outros de ordem utilitária⁶⁹.

⁶⁵ Conforme nota ao item 100 extraída da obra “Princípios da Filosofia do Direito de Hegel”, o professor Márcio Pugliesi ressalta: “Sabe-se que Beccaria negou o direito de o Estado aplicar a pena de morte, com base no argumento de que não pode presumir que o contrato social contenha o consentimento dos indivíduos em serem mortos, antes devendo admitir-se o contrário. Mas o Estado, de um modo geral, não é um contrato (§ 75), e a sua essência substancial não é exclusivamente a proteção e a segurança da vida e da propriedade dos indivíduos isolados. É antes a realidade superior e reivindica até tal vida e tal propriedade, exige que elas lhe sejam sacrificadas”. HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios da filosofia do direito**. Trad. Norberto de Paula Lima, adaptação e notas Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1997, p.105

⁶⁶ SÁNCHEZ, Bernardo Feijoo. Op. cit., p. 108.

⁶⁷ SÁNCHEZ, Bernardo Feijoo. Op. cit. p. 107-108.

⁶⁸ Hegel aduz no item 101 de sua obra *Princípios da Filosofia do Direito* que “a supressão do crime é o castigo, porque, segundo o conceito, é uma violência contra outra violência, segundo a existência, e o crime possui uma extensão qualitativa e quantitativa que se pode também encontrar na sua negação como existência. Contudo, esta identidade fundada no conceito não é a igualdade qualitativa: é a que advém da natureza em si do crime, a igualdade de valor.” HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios da filosofia do direito**. Trad. Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 10

⁶⁹ MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. **Fundamentos da pena**. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016, p. 128.

2.2.3 Retribuição penal na perspectiva de Francesco Carrara

Uma das principais referências do que se denomina “escola clássica”, Francesco Carrara possuía uma concepção peculiar no tocante à sanção penal, pois entendia como fundamento da punição a justiça divina, mas enxergava como finalidade da pena, não o mero castigo pelo malfeito. Apesar de ser adepto do jusnaturalismo teocêntrico⁷⁰, Carrara não negava uma aplicação garantista do direito penal bastante presente nas doutrinas de base iluminista, sendo ele inclusive refratário à pena de morte⁷¹. Desse modo, segundo o catedrático de Pisa, a pena tinha por finalidade a retribuição para defesa do direito, ou seja, a “tutela jurídica”.⁷²

Em sua obra “ Programa do curso de direito criminal”, Carrara pontua que o crime rebaixava a sensação de segurança e confiança na norma, tendo a resposta punitiva estatal, pela aplicação da pena, a função de restabelecer a ordem externa da sociedade⁷³.

Dentro dessa perspectiva, verifica-se que as teorias absolutas de certa forma guardam relação com a Escola Clássica Italiana, dada a preocupação com o crime como um ente jurídico abstrato, que na sua essência deve consistir necessariamente na violação de um direito, ficando a figura do delinquente, portanto, em plano secundário.

Segundo Francesco Carrara, citado pela doutrina como principal expoente da Escola Clássica, o delito era verificado como uma abstração e desligado da pessoa do delinquente, razão pela qual não se reconhecia a finalidade reeducativa na pena, mas somente necessidade de exemplaridade, aliada à certeza de aplicação de maneira proporcional ao crime.

Conforme se observa, a aproximação entre a Escola Clássica e as teorias retribucionistas, representam em certa medida um aspecto relevante das teorias absolutas, porque, apesar de severamente criticadas pela doutrina contemporânea, justamente por lhes faltar critérios de quando se tem de punir e qual seria seu conteúdo que não fosse meramente um ato de fé⁷⁴, identifica-se nas teorias de retribuição o mérito de haver adotado o princípio da culpa como princípio absoluto no tocante à toda aplicação da pena, sendo certo que apesar de em alguns casos, notadamente focados na mera periculosidade determinista de raízes positivistas, haver razões suficientes para se punir com maior severidade determinado agente sob a ótica utilitarista, não se pode perpassar da justa retribuição pelo mal. Crítico do determinismo penal, pois, Carrara sustentava que a punição apenas se justificava quando o ato criminoso

⁷⁰ FREITAS, Ricardo de Brito A. P. **As razões do positivismo penal no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002

⁷¹ Carrara repudiava a pena capital apenas para infundir temor e apenas a admitia como defesa direta, para fins de conservação da vida de pessoas inocentes. Ibidem, p. 178-179.

⁷² Ibidem, p. 148-149.

⁷³ CARRARA, Francesco. **Programa do curso de direito criminal**. vol. II. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2002, p. 78 -79.

⁷⁴ ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de direito penal**. 3 ed. Lisboa: Vega, 2004. p. 17-19

fosse oriundo de sua vontade livre e não fruto de determinismos aferidos pela sua periculosidade e necessidade de neutralização.

Sobre esse aspecto das teorias retribucionistas discorre Jorge de Figueiredo Dias⁷⁵ ao dizer que o princípio da culpa como máxima de todo o direito penal “ não pode haver pena sem culpa e a medida da pena não pode em caso algum ultrapassar a medida da culpa” Adianta ainda que “se toda pena supõe a culpa, nem toda a culpa supõe a pena, mas só aquela culpa que simultaneamente acarrete a necessidade ou carência de pena”, tal como no instituto português de dispensa da culpa.

Por fim, vale uma observação, em que pese Carrara apresente uma concepção sobre os fins da pena mais atrelada à ideia de retribuição fundada na necessidade de tutela jurídica e, portanto ser avesso à ideia de defesa social, a negativa à defesa social não faz de Carrara um ferrenho crítico em certa medida das consequências utilitárias da pena, pois segundo ele a pena perpassa a realização da justiça, na medida em que sua aplicação não se esgota em si mesma e busca a atender a defesa dos direitos humanos grassados na sua “defesa do direito”.⁷⁶

2.3. Utilitarismo: a pena com a perspectiva para o futuro como instrumento de prevenção de novos crimes

Com a transição do estado absolutista para o liberal e o incremento das ideias humanitárias gestados na ilustração⁷⁷, passou a ganhar força o utilitarismo⁷⁸ e com ele as teorias relativas da pena. Segundo os partidários destas teorias, a pena não se aplicava como mero castigo, mas sim com o fito de se evitar novos crimes. Enquanto as teorias absolutas aplicam a pena olhando para o passado, ou seja, para o fato praticado pelo agente (*punitur quia peccatum est*), as teorias relativas olham para o futuro (*punitur ne peccetur*), ou seja, para os crimes que anseia evitar.

As teorias relativas da pena são também chamadas de teorias da prevenção, justamente porque entendem que a pena se legitima para se alcançar a um fim relativo de utilidade social, fim este de evitação de delitos. A pena nessa perspectiva utilitária deve ser aplicada porque resulta necessária para evitar a prática de novos delitos e, assim estará apta para cumprir tais funções, seja pela via da prevenção geral, seja pela via da prevenção especial⁷⁹, conforme mais detalhado adiante.

⁷⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais do direito penal revisitadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 47

⁷⁶ FREITAS, ibidem, p. 156.

⁷⁷ BARATTA, Alessandro. **Criminología crítica y crítica del derecho penal**: introducción a la sociología jurídico penal. Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2004, p. 25-26.

⁷⁸ Esclarece o professor Ricardo de Brito Freitas: “Nesta acepção, útil é unicamente aquilo que está a serviço da preservação dos direitos da maioria e visa garantir a máxima felicidade ao maior número, o que confere ao conceito uma dimensão adequada às perspectivas jurídicas liberais-burguesas da época”. FREITAS, Ricardo de Brito A. P. **Razão e sensibilidade**: fundamentos do direito penal moderno. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 76.

⁷⁹ ESPINAR, José Miguel Zugaldia. **Fundamentos de Derecho Penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1993, p. 71.

Enfim, segundo lição emblemática de Beccaria, a qual traz a essência das teorias utilitárias da pena, “É melhor prevenir os crimes do que ter de puni-los; e todo legislador sábio deve procurar antes impedir o mal do que repará-lo, pois uma boa legislação não é senão a arte de proporcionar aos homens o maior bem-estar possível e preservá-los de todos os sofrimentos que se lhes possam causar, segundo o cálculo dos bens e dos males desta vida.”⁸⁰

2.3.1 Prevenção geral positiva e negativa: o recado à coletividade

A prevenção geral assim é chamada porque, ao tempo em que dota a pena de utilidade social para o bem comum de todos, tem como destinatária a coletividade e, assim o faz, mediante o exercício da comunicação a respeito das consequências malélicas que podem advir de um ato criminoso, ato esse que traz como consequência a pena; ou também demonstrar aos membros da sociedade que a norma penal existe, é válida e deve ser observada.

A prevenção geral negativa cuida-se de uma intimidação geral, ou seja, coletiva, que é exercida por intermédio da ameaça penal, a exemplaridade que inibem as demais pessoas a agirem de maneira semelhante. Dirige-se, portanto, aos demais membros da coletividade dissuadindo-os das práticas criminosas.

O Estado pune para fins de coagir as outras pessoas a não adotarem comportamentos semelhantes ao do criminoso punido. Em suma, é a infusão do medo na sociedade para fins de conter os indivíduos, razão pela qual, entendia-se que o efeito de dissuasório apenas seria alcançado caso as punições fossem públicas contundentes, severas e exemplares⁸¹.

Pode-se observar a aplicação da pena como instrumento de difusão de medo, pela realização de verdadeiros espetáculos de execução pública. Um bom exemplo é a previsão no Código Criminal do Império Brasileiro da forma como se realizava a execução da pena capital e a nítida preocupação com a exposição pública do castigo⁸²:

Art. 40. O réo com o seu vestido ordinario, e preso, será conduzido pelas ruas mais publicas até á força, acompanhado do Juiz Criminal do lugar, aonde estiver, com o seu Escrivão, e da força militar, que se requisitar.

Ao acompanhamento precederá o Porteiro, lendo em voz alta a sentença, que se fôr executar.

⁸⁰ BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das penas**. 2.ed. São Paulo: Edipro, 2015, p. 104.

⁸¹ Lecionam Zaffaroni, Batista, Alagia e Slokar que “no plano político e teórico essa teoria permite legitimar a imposição de penas sempre mais graves, porque não se consegue nunca a dissuasão total, como demonstra a circunstância de que os crimes continuam sendo praticados.” ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro**. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 119.

⁸² Código Criminal do Império do Brasil, Lei de 16 de dezembro de 1830.

A redação original do referido Código ainda previa no art. 60⁸³ que o escravo que fosse punido com açoites, depois de os sofrer, seria entregue ao senhor, que ficaria obrigado a trazê-lo com um ferro, o que denota a exemplaridade do castigo:

Art. 60. Se o réo fôr escravo, e incorrer em pena, que não seja a capital, ou de galés, será condenado na de açoites, e depois de os soffrer, será entregue a seu senhor, que se obrigará a trazel-o com um ferro, pelo tempo, e maneira que o Juiz designar.

Vê-se, pois, que o castigo aplicado perpassava a mera retribuição, cuja penúria na execução da pena não se atrelava necessariamente ao limite da culpabilidade, mas sim o seu efeito na sociedade⁸⁴, diferentemente da teoria absoluta que buscava a exata medida da pena, de acordo com a culpabilidade do fato do autor.

O principal expoente da prevenção geral negativa é Paul Joahann Anselm von Feuerbach, o qual sustentava necessidade de evitação de delitos, não somente pela coação física do Estado, por sua insuficiência, mas antecipando-se ao delito pelos freios psicológicos estabelecidos pela ameaça da punição. Nessa perspectiva, Feuerbach cunhou o que se chama teoria da coação psicológica. Percebe-se, portanto, o pensamento utilitarista de suas ideias, notadamente porque ele, que foi o principal inspirador do Código da Baviera de 1813, rechaçava a influência moral ao direito e, por consequência, a aplicação da pena como instrumento de mera vingança^{85 86}.

No §12 de seu Tratado de direito penal, é enfático ao defender a mencionada coação psicológica:

Se de toda forma é necessário que se evite as lesões jurídicas, então deverá existir outra coação junto à física, que se antecipe à consumação da lesão jurídica e que, procedendo do Estado, seja eficaz em cada caso particular, sem que se requeira o prévio conhecimento da lesão. Uma coação desta natureza so pode ser de índole psicológica⁸⁷.

⁸³ O mencionado dispositivo ficou em vigor por mais de 65 anos até ser revogado pela Lei 3.310 de 1.886. A propósito, sobre essa característica da legislação criminal do Império do Brasil assevera Nilo Batista que proscrição dos açoites e mais penas cruéis contidas na Constituição de 1824 era ignorada pelo código criminal, que cominava os açoites aos escravos, limitados a 50 por dia. Ainda menciona que “as penas corporais aplicadas aos escravos não figuram apenas nos abundantes relatos, na iconografia ou nos anúncios de jornais que mencionavam suas marcas: estavam nas leis, nos atos administrativos, e nos debates parlamentares”. BATISTA, Nilo. **Apontamentos para uma história da legislação penal brasileira**. Rio de Janeiro: Revan: 2016, p. 36-37.

⁸⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro**. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 119.

⁸⁵ Leciona Bernardo Feijoo Sánchez: “Feuerbach pretende liberar las bases del Derecho Penal de Referencias éticas y vincularlas com los fines del Estado liberal.” SÁNCHEZ, Bernardo Feijoo. **Retribución y Prevención General: Um estudio sobre la teoria de la pena y las funciones del derecho penal**. Buenos Aires: B de F Ltda, 2007, p. 132.

⁸⁶ Pensamento semelhante pode ser encontrado na obra de Gian Domenico Romagnosi, em que entendia que a pena tinha por função, não o exercício da vingança, mas sim servir de contra-estímulo ao crime: “A pena não é vingança, mas deve incutir temor no criminoso, para que não torne a delinquir. A sua medida regular-se-á pela qualidade e intensidade do impulso delituoso (spinta criminosa), ela é a contropinta.” NORONHA, E. Magalhães. **Direito penal**. vol. 1. 38 ed., São Paulo: Saraiva, 2004, p. 30.

⁸⁷ FEUERBACH, Anselm von. **Tratado de derecho penal común vigente en Alemania**. Tradução Eugenio Raúl Zaffaroni y Irma Hagemeyer. Buenos Aires: Hammurabi, 1989, p. 60. Trad. Livre.

Por outro lado, embora também direcionada à coletividade, a prevenção geral denominada positiva difere-se da prevenção geral negativa, porque crê na evitação de novos delitos, não por força de uma intimidação realizada por uma coação psicológica à não delinquência, mas sim, pela via da conscientização coletiva da existência da norma e, por consequência, seu cumprimento voluntário.

Hans Welzel advoga a tese de que a pena ao ser aplicada fortalece a consciência jurídica de respeito aos valores mais caros da vida em comunidade. Sua perspectiva a respeito do direito penal é ético-social, tendo em vista que a missão primordial daquele ramo jurídico consiste em garantir a vigência dos valores sociais de caráter positivo, como o respeito à vida alheia, à saúde, à liberdade, à propriedade, etc. Assim, ao proscrever e castigar a não observância dos valores fundamentais da consciência jurídica coletiva, revela a disposição do Estado da forma mais contundente da existência dos valores, sendo certo que a aplicação da pena fortalece a consciência geral permanente de fidelidade jurídica, extraída do juízo ético-social dos cidadãos⁸⁸.

Partidário também da prevenção geral positiva, Günther Jakobs credita à pena a função de reafirmar a vigência da norma como modelo de orientação de contatos sociais. Aplicando-se a pena direcionada a quem, com a prática do delito, veio a decepcionar as expectativas normativas, mantém-se a confiança coletiva a respeito de sua vigência e reconhecimento para fatos futuros. Logo, para o professor alemão, a missão do direito penal com a aplicação da pena não é o de se evitar lesões aos bens jurídicos já lesionados pela prática criminosa, mas sim estabelecer uma comunicação coletiva de que a norma penal existe e é válida.⁸⁹

Portanto, a pretensão das teorias de prevenção geral positiva é garantir-se a pacificação social e a sensação de segurança, pela conservação da segurança no ordenamento jurídico.

⁸⁸ WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**: parte general. 2.ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1976, p. 11-13. O autor alemão complementa aduzindo que a missão do direito penal não é propriamente a proteção de bens jurídicos, mas a conservação da consciência coletiva a respeito da vigência dos valores fundamentais: “Sin embargo, la misión primaria del Derecho Penal no es la protección actual de bienes jurídicos, esto es, la protección de la persona individual, de su propiedad, etc. Pues, cuando entra efectivamente en acción, por lo general ya es demasiado tarde. Más esencial que la protección de determinados bienes jurídicos concretos es la misión de asegurar la real vigencia (observancia) de los valores de acto de la conciencia jurídica; ellos constituyen el fundamento más sólido que sustenta al Estado y la sociedad. La mera protección de bienes jurídicos tiene sólo un fin preventivo, de carácter policial y negativo. Por el contrario, la misión más profunda del Derecho Penal es de naturaleza éticosocial y de carácter positivo.”. Idem, p. 13.

⁸⁹ “Correlativamente a la ubicación de la infracción de la norma y de la pena en la esfera del significado, y no en la de las consecuencias externas de la conducta, no puede considerarse misión de la pena evitar lesiones de bienes jurídicos. Su misión es más bien reafirmar la vigencia de la norma debiendo equipararse, a tal efecto, vigencia y reconocimiento. El reconocimiento también puede tener lugar en la conciencia de que la norma es infringida; la expectativa (también la del autor futuro) se dirige a que resulte confirmado como motivo del conflicto la infracción de la norma por el autor, y no la confianza de la víctima en la norma. En todo caso, la pena da lugar a que la norma siga siendo un modelo de orientación idóneo. Resumiendo: Misión de la pena es el mantenimiento de la norma como modelo de orientación para los contatos sociales. Contenido de la pena es una réplica, que tiene lugar a costa del infractor, frente al cuestionamiento de la norma.” JAKOBS, Günther. **Derecho Penal**: parte general. 2.ed. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas, 1997, p.13-14.

2.3.2 Prevenção especial positiva e negativa: o enfoque no agente

Na teoria da prevenção geral a coletividade é a destinatária da norma e a tem na pena o elemento motivador para a não delinquência futura, o intuito é fazer que os demais indivíduos não encontrem estímulos para a prática de crimes. Por sua vez, para a teoria da prevenção especial, a pessoa que delinuiu é que demanda a atenção do Estado para que não volte a delinquir⁹⁰.

Com os olhos focados na evitação da reincidência, as teorias da prevenção especial se dividem em prevenção especial negativa e prevenção especial positiva.

A prevenção especial negativa utiliza a punição como forma de inocuizar o delinquente, o retirando do convívio social. O raciocínio é no sentido de que neutralizando o sujeito, isto é, o tornando inócuo, os crimes por ele próprio cogitados ou pretensamente executados, acabam não sendo praticados.

A inocuização pode ser realizada pela execução da pena privativa de liberdade, pelo período que ela durar e também com a pena de morte, nos ordenamentos em que seja admitida.

Por outro lado, a prevenção especial positiva trabalha com a perspectiva da reinserção social do criminoso para se evitar novas práticas delitivas. O melhoramento do delinquente é realizado pelo emprego das chamadas ideologias “re”, que consistem na ressocialização, reeducação, reinserção, repersonalização, reindividualização, reincorporação.⁹¹

O correccionalismo dos professores Concepción Arenal e Dorado Monteiro também tinha esse mote, de melhoramento do delinquente, tendo a pena função de curar almas pecadoras e debilitadas, motivo pelo qual enxergavam a pena como um bem, não apenas para a comunidade social, mas sobretudo para o próprio condenado.⁹²

Frise-se que as teorias de prevenção especial negativa e positiva, embora ancoradas em ideologias significativamente distintas, ou seja, neutralização e ressocialização, encontram em Franz von Liszt o principal inspirador de ambas as teorias.

Em seu Programa de Marburgo, de 1882, von Liszt apresentou diretrizes finalísticas distintas de acordo com a tipologia do delinquente. Correção ao delinquente suscetível de correção e dela necessitado; mera intimidação ao delinquente não necessitado de correção, isto é, os socializados e inocuização aos

⁹⁰ Franz von Liszt assevera que “A pena pressupõe somente que o indivíduo sobre quem ela recai pode sentir, como todos os outros homens, o mal que lhe é infligido, e, como todos os outros homens, pode assimilar as ideias que a cominação e a execução da pena devem suscitar.” LISZT, Franz Von. **Tratado de direito penal alemão**. vol. I. Trad. José Higino Duarte Pereira. Campinas: Russell Editores, 2003, p. 160-161.

⁹¹ Denominação empregada nas obras de E. Raúl Zaffaroni ao conjunto de metas que objetivam alcançar as teorias de prevenção especial positiva. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro**. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p.126.

⁹² MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. **Fundamentos da pena**. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016, p. 147-149.

delinquentes não mais suscetíveis de emenda.⁹³ Sua concepção, portanto, era de que a pena não se dirige contra o delito, mas sim contra os delinquentes, o que o aproxima da filosofia positivista que tomava corpo no final do século XIX e início do século XX.

De outra parte, é possível dizer que o positivismo criminológico também influenciou as mencionadas teorias de prevenção especial, tendo em vista que propugnou a ideia de defesa social em face de uma criminalidade crescente⁹⁴, com base em um método de pesquisa indutivo e centralizado na observação dos criminosos para se constatar e remediar as causas da delinquência⁹⁵.

A Escola Positiva italiana, que teve como grandes expoentes, Cesare Lombroso, Enrico Ferri, Raffaele Garófalo, estabeleceu completa mudança de paradigmas em relação à Escola Clássica, pois para os positivistas, o crime não era produto do livre arbítrio do indivíduo, mas sim um fenômeno social, funcionando o crime como mero indicio da personalidade do autor, expressão, pois, do determinismo.

A pena na perspectiva positivista, portanto, em nome da defesa social, não se prestava a retribuir um ato de responsabilidade moral do sujeito, mas sim, promover a melhora do homem delinquente para que pudesse retornar à sociedade, devidamente apto ao não cometimento de delitos. Logo, enquanto o sujeito não chegasse ao patamar esperado de retorno à sociedade, era considerado perigoso e, assim, deveria ser mantido segregado.⁹⁶ Observe-se que a Escola Positiva trabalhava com a perspectiva de penas indeterminadas, diferentemente da visão mais liberal da escola clássica, a qual, como visto no capítulo anterior, rechaçava a ideia autoritária de indeterminação de penas.⁹⁷

Esclareça-se que, embora as teorias de prevenção especial positiva sejam mais afeitas aos autores ligados ao positivismo, é possível identificar na obra do clássico Beccaria aspectos de prevenção especial, conforme leciona Ricardo Freitas⁹⁸:

“Porém, para Beccaria a pena não cumpre apenas uma finalidade preventiva geral, como muitas vezes se supõe. Ao tratar da qualidade das penas ele nos diz explicitamente que “os castigos têm por finalidade única obstar o culpado de tornar-se futuramente prejudicial à sociedade e afastar os seus patrícios do campo do crime”. Logo, é válido afirmar que, ao

⁹³ LISZT, Franz Von. **La idea del fin en el derecho penal**. Granada: Comares, 1995. p. 83.

⁹⁴ FERRI, Enrico. **Princípios de direito criminal**: o criminoso e o crime. 2.ed. Campinas: Bookseller, 1998, p. 61.

⁹⁵ Enrico Ferri comenta uma das grandes diferenças entre a escola que a denominou de “clássica” com a positiva no tocante ao método empregado: “A diferença profunda e decisiva entre as duas escolas está portanto principalmente no Método: dedutivo, de lógica abstrata, para a escola clássica, - indutivo e de observação dos fatos para a escola positiva; aquela tendo por objeto “o crime” como entidade jurídica, esta, ao contrário, “o delinquente” como pessoa, revelando-se mais ou menos socialmente perigosa pelo direito praticado.” Ibidem, p. 64.

⁹⁶ FREITAS, Ricardo de Brito A. P. **As razões do positivismo penal no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 159-160.

⁹⁷ Ibidem, p. 168.

⁹⁸ FREITAS, Ricardo de Brito A. P. **Razão e sensibilidade**: fundamentos do direito penal moderno. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 105.

lado da finalidade preventiva geral da pena, BECCARIA defende uma finalidade preventiva especial, destinada ao infrator e não à sociedade.”

Atente-se que ainda hoje remanescem nas legislações aspectos de prevenção especial positiva na determinação judicial da pena.

O art. 59 do CPB, ao tempo em que prevê circunstâncias judiciais de caráter eminentemente pessoal, tais como antecedentes, personalidade e conduta social, estabelece como um dos desideratos da pena a prevenção de crimes⁹⁹.

Por sua vez o §46 StGB dispõe que, apesar de a culpa do infrator ser a base para a atribuição da penalidade, devem ser considerados os efeitos esperados da punição para vida futura do acusado na sociedade.¹⁰⁰

O Código Penal Português¹⁰¹, especificamente no art. 71º, dispõe que “a determinação da medida da pena, dentro dos limites definidos na lei, é feita em função da culpa do agente e das exigências de prevenção”, podendo depor contra ou a favor do réu “as condições pessoais do agente e a sua situação económica”.

A tônica da ressocialização também foi a adotada na Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), no Art. 5º, número 6:¹⁰²

“6. As penas privativas de liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados.”

2.4 Ecletismo: a conciliação de finalidades retributivas e preventivas da pena pela suficiência e necessidade da pena

O entendimento no sentido de conjugar as teorias absoluta e relativa, institui-se o que se denominou teoria mista, eclética ou unificadora da pena. Adolf Merkel¹⁰³ no início do século XX foi o primeiro a trabalhar sob essa perspectiva na Alemanha, ao defender que a pena possui dupla função, a saber: retributiva e preventiva. A missão do direito penal se prestaria não apenas a retribuir o mal causado, mas também a evitar a delinquência.¹⁰⁴

⁹⁹ O direito brasileiro ainda enfatiza a questão da prevenção especial positiva na fase executória, ao estabelecer no art. 1º da LEP que: “A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.”

¹⁰⁰ StGB: §46 (1) Die Schuld des Täters ist Grundlage für die Zumessung der Strafe. Die Wirkungen, die von der Strafe für das künftige Leben des Täters in der Gesellschaft zu erwarten sind, sind zu berücksichtigen. Fonte: <https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/46.html>. Acesso em 11/12/2018.

¹⁰¹ http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=109&tabela=leis&so_miolo= Acesso em 11/12/2018.

¹⁰² Fonte: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf. Acesso em 11/12/2018.

¹⁰³ MERKEL, Adolf. **Derecho penal**: parte general. Montevideo: Buenos Aires: BdeF, 2006, pp. 182-183.

¹⁰⁴ Claus Roxin ao elaborar sua teoria unificadora dialética diverge em parte de seu compatriota Merkel, ao sustentar

A teoria eclética ainda possui grande aceitação nos sistemas jurídicos atuais e foi a linha adotada no nosso Código Penal em vigor. Conforme se observa no item 50 da exposição de motivos da nova parte geral implementada pela Lei nº 7.209/84, “a finalidade da individualização está esclarecida na parte final do preceito: importa em optar, dentre as penas cominadas, pela que for aplicável, com a respectiva quantidade, à vista de sua necessidade e eficácia para a reprovação e prevenção do crime”. Nesse conceito se define a Política Criminal preconizada no Projeto, da qual se deverão extrair todas as suas lógicas consequências.”

A teoria mista também está incorporada no Código Penal Alemão, sistema jurídico bastante influente no Direito Penal ocidental, notadamente pelo reconhecimento em virtude das grandes contribuições dogmáticas. Esclarece Juarez Cirino dos Santos que as teorias mistas (unificadoras) estão previstas no art. §46 do StGB define a culpabilidade como fundamento da pena (retribuição), determinada conforme os efeitos esperados para a vida futura do autor na comunidade (prevenção especial); o § 47 menciona o objetivo de defesa da ordem jurídica (prevenção geral) e que o Tribunal Constitucional alemão confirmou as funções absolutas e preventiva da pena criminal.¹⁰⁵

Ainda segundo o referido autor, de acordo com a teoria mista, a pena seria aplicada como forma de retribuição do injusto realizado, mediante compensação e expiação da culpabilidade; bem como de prevenção especial positiva, mediante correção do autor pela ação pedagógica da execução penal, além da prevenção especial negativa, esta exercida como segurança social pela neutralização do autor e, por fim, como prevenção geral negativa, através da intimidação, coação psicológica dos criminosos potenciais pela ameaça penal e pela prevenção geral positiva como manutenção da confiança na ordem.¹⁰⁶

Vale ressaltar que as teorias mistas podem apresentar traços preponderantes da retribuição em detrimento da prevenção ou da prevenção em detrimento da retribuição. Para a corrente que entende que o aspecto preponderante na teoria mista é o de retribuição, enxerga-se a pena como a ferramenta necessária à proteção da sociedade por meio da retribuição; ao passo que para a corrente que entende que o caráter repressivo da pena é meramente secundário, a retribuição se presta somente a servir como limites máximos dentro da perspectiva das necessidades de prevenção, não podendo ultrapassar esses limites, seja em quantidade seja em qualidade.¹⁰⁷ Enrique Bacigalupo se posiciona pela preponderância da prevenção, dada as melhores perspectivas sob o ponto de vista da política social.¹⁰⁸

que a retribuição não é propriamente um fim legítimável da pena, nem seu fundamento ou essência e relega à função de tão somente de limitador da pena máxima aplicada ao caso concreto, de acordo com a culpabilidade, tendo em vista que a verdadeira missão do direito penal seria servir à proteção subsidiária de bens jurídicos. BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal.** vol. I. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p.155-157.

¹⁰⁵ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal:** parte geral. 4. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

¹⁰⁶ Ibidem, p. 428-429.

¹⁰⁷ MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. **Fundamentos da pena.** 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016, p. 103.

¹⁰⁸ BACIGALUPO, Enrique. **Direito Penal:** parte geral, São Paulo: Malheiros, 1998., p. 29.

Apesar de se apresentar como a alternativa escolhida pelo legislador em alguns sistemas jurídicos como o brasileiro e alemão, várias críticas remanescem no tocante às teorias mistas, em virtude de sua suposta impossibilidade de conciliação de postulados diametralmente opostos.

Nesse tocante, afirma Álvaro Mayrink da Costa que “os conceitos de retribuição e prevenção constituem uma verdadeira e perfeita antítese, sendo, pois, inconciliáveis”¹⁰⁹. Por sua vez, Juarez Cirino dos Santos assinala não existir nenhum fundamento filosófico ou científico capaz de unificar concepções penais fundadas em teorias contraditórias, com finalidades práticas excludentes”.¹¹⁰

Todavia, o fato é que ela foi adotada pelo legislador brasileiro e diante de tal circunstância se apresenta como dever inexorável do juiz ao aplicar a pena, perseguir as aludidas finalidades e assim o fazer da maneira mais técnica possível, seja para fins de defesa social, seja para fins de correção.¹¹¹

Inegável que remanesce o caráter aflitivo em qualquer hipótese de aplicação de pena, querendo ou não os defensores da teoria utilitarista¹¹². Desse modo, embora a doutrina costume argumentar a falácia das teorias mistas por suposta incompatibilidade entre aspectos inconciliáveis, não se enxerga impropriedade em encontrar um denominador comum entre os aspectos preventivos e retributivo da reprimenda.

As variadas perspectivas das teorias mistas não são exatamente as mesmas. A depender da ótica enxergada determinada finalidade da pena pode assumir preponderância frente à outra. Dentro dessa inconveniência criada pela tacanha definição de teoria mista, entendeu-se por classificar as teorias mistas em dois grupos, aditiva e também a dialética.

A Teoria unificadora aditiva, simplesmente, realiza a acumulação de possibilidades de atuação de maneira não ordenada e sem preponderância finalística. Claus Roxin critica a adoção da teoria unificadora aditiva no projeto de Código Penal Alemão de 1962, nos seguintes termos:

“não podemos ficar satisfeitos com um acúmulo de possibilidades de ação, como o Projeto defende teoricamente. É verdade que a teoria unificadora é baseada em ter percebido corretamente que cada uma das concepções contém pontos de vista utilizáveis, o que é errado converter em absolutos. Mas a

¹⁰⁹ COSTA, Álvaro Mayrink da. **Direito Penal**. vol 3. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 62.

¹¹⁰ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. 4. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p. 430.

¹¹¹ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal**. Vol. V. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1955, p

¹¹² Segundo o professor lusitano Germano Marques da Silva: “ainda que a doutrina penal se empenhe em considerar superada a retribuição como finalidade da pena que possa na atualidade prevalecer sobre outras orientações, certo é que a busca da compensação pelo crime mediante a segregação social do criminoso e o sentimento de vingança continuam enraizados na sociedade atual, sem que a maioria das forças políticas se esforce para evitar tal tipo de discurso, muito antes pelo contrário. (...) A pena criminal é na sua natureza retribuição ou repressão, constituir a reação jurídica ao crime. Ao mal do crime corresponde a pena, traduz a reação à culpabilidade do delinquente pelo mal do crime. Mas, em sendo repressão ou retribuição, pela sua própria natureza, ela há de servir para realizar as finalidades que a lei lhe assinala: proteção aos bens jurídicos e reintegração do agente na sociedade. Estas finalidades são as chamadas finalidades de prevenção, geral e especial” SILVA, Germano Marques. **Direito penal português – Parte geral, teorias das penas e das medidas de segurança**. Lisboa: Editorial Verbo, 1999, p. 43-45.

tentativa de corrigir esses defeitos simplesmente colocando três concepções diferentes tem que falhar; já que a mera adição não apenas destrói a lógica imanente à concepção, mas também aumenta o escopo de aplicação da sentença, que assim se torna um meio de reação adequado para qualquer uso”¹¹³.

Por sua vez, a teoria unificadora dialética, assinada pelo professor Claus Roxin, prega a possibilidade de conciliação entre as diversas correntes atinentes às finalidades da pena. Segundo o criador da enunciada teoria, a pena é enxergada sob perspectivas diferenciadas a depender do momento de cominação, aplicação e execução, assumindo, pois, finalidades preponderantes em cada uma desses três grandes momentos.

No primeiro momento, da cominação legal, o legislador elabora a norma com a finalidade exclusiva de prevenção geral positiva, ou seja, com o desiderato de que a pena prevista na lei sirva como instrumento de comunicação à sociedade da existência da norma incriminadora, a fim de que os indivíduos não venham a desafiá-la cômicos de sua existência e validade.

No segundo momento, o da aplicação da pena, uma vez infringida a norma instituída pelo Estado, o magistrado aplica a pena com vistas a reforçar a existência e validade da norma. Além do desiderato de conscientização social, ou seja, de prevenção geral positiva, por ocasião da aplicação da pena, entra em cena a culpabilidade como elemento limitador da reprimenda. Assim, para Roxin, embora a pena tenha finalidades preventivas, as referidas finalidades não podem superar o limite da culpa do agente.

O professor alemão ainda sustenta que a culpabilidade serve de limite para a imposição da pena, limite superior, todavia. O limite inferior da pena aplicada pode, segundo ele, ficar aquém da culpabilidade, desde que atenda às exigências mínimas de prevenção geral:¹¹⁴

“a teoria da pena aqui sustentada pode ser resumida, de acordo com o seguinte: a pena serve às finalidades de prevenção especial e geral. É limitada em sua quantidade mediante a medida da culpabilidade, mas pode não alcançar esta medida, desde que seja necessário para as necessidades de prevenção especial e não se oponham aos requisitos mínimos de prevenção geral.”

Por fim, a teoria dialética da união, ainda procura resolver aspectos antitéticos entre as finalidades da pena, na fase executória, ao aduzir que nesta fase deve preponderar aspectos preventivos especiais, ou seja, a ressocialização.

¹¹³ Roxin, Claus. **Problemas básicos del derecho penal**. Trad. DIEGO-MANUEL LUZON PEÑA. REUS, S. A : Madrid, 1976, p. 19. Trad. Nossa.

¹¹⁴ ROXIN, Claus. Fin y justificación de la pena y de las medidas de seguridad. **Determinación judicial de la pena**. Buenos Aires: Editores del Puerto, 1993, p.42.

3

CAPÍTULO 3 – A fixação da pena-base decomposta em circunstâncias judiciais: a conjunção de fatores atinentes ao fato e ao agente

3.1 Conceito de circunstância judicial

A operação de fixação da pena-base demanda a análise pelo juiz de fatores elencados na lei que lhe servem de parâmetro, é o que a doutrina denomina como circunstâncias judiciais, justamente porque ficam exclusivamente a cargo do magistrado analisá-las e ponderá-las como favorável ou desfavorável ao réu.

Circunstância significa que se encontra no entorno, ao redor. Circunda justamente o tipo penal violado. Caso a circunstância judicial coincida com o tipo penal, não deve ser considerada em desfavor do réu pelo magistrado sob pena de incorrer em bis in idem. Portanto, as circunstâncias judiciais gravitam em torno do tipo penal e exercem influência no que diz respeito à modulação da pena. Para exemplificar, o homicídio consumado acarreta necessariamente a morte. Dessa forma, o evento morte por si só não se presta a figurar como circunstância judicial, para fins de valoração negativa das consequências do crime, por exemplo, contudo, a morte que traz consequências mais graves que o comum, tal como o homicídio de uma mãe de família, inexoravelmente há de ser sopesada pelo juiz por ocasião da fixação da pena-base.¹¹⁵

No Código Penal Brasileiro em vigor, o legislador estabeleceu no art. 59 o número de oito circunstâncias judiciais, a saber: culpabilidade, antecedentes, personalidade, conduta social, motivos, circunstâncias, consequências e comportamento da vítima, todas destinadas a guiar o juiz na individualização judicial

¹¹⁵ Em boa técnica, porém, deveria considerar-se circunstância só aquilo que é acidental relativamente a um crime, já em si punível. Tudo o que é contido no conceito de crime como condição positiva ou negativa de sua existência mínima como facto punível seria, pois, de considerar antes como elemento e não circunstância. CORREIA, Eduardo. Direito Criminal II. Almedina: Coimbra. 2014. Pg. 142.

da pena.¹¹⁶ Também não pode incorrer em dupla valoração com as circunstâncias legais, agravantes e atenuantes.¹¹⁷

A correta fixação da pena-base demanda sua construção minuciosa, isto é, com a realização da análise de circunstância por circunstância. Esse caminho que o juiz deve percorrer até a decisão do quantum que servirá de índice fundamental para as derradeiras operações rumo à pena definitiva, segundo o sistema trifásico previsto no art. 68 também do Código Penal Brasileiro. Tal formatação da determinação judicial da pena foi prevista em virtude da adoção do sistema das margens penais, cuja pena é relativamente indeterminada, consoante visto no capítulo 1 deste trabalho.

O juiz consciente de seu relevante papel na atividade de determinação concreta da pena, a qual é a consequência mais importante do direito penal, deve se abster de relegar a segundo plano o momento da dosimetria da pena e nessa laboriosa atividade assume papel preponderante o conhecimento e consideração das circunstâncias judiciais, haja vista que elas se prestam a definir se determinado réu merece uma reprimenda mais ou menos gravosa, ou seja, mais próxima ou não da pena mínima ou máxima cominada ao delito praticado, o que na prática representa diferenças bastante significativas, não apenas em relação ao tempo de cumprimento da pena privativa de liberdade, mas também em relação ao regime de cumprimento e possibilidade de progressão, ou da fixação de dias-multa.

Enfim, a importância de se conhecer as circunstâncias judiciais é fundamental para a aplicação de uma pena suficiente a atender aos postulados de reprovação e prevenção de crimes.¹¹⁸

Distinguem-se das circunstâncias legais e das causas de aumento e de diminuição de pena, porque estas o próprio legislador cuidou de traçar o conteúdo como favorável ou desfavorável ao réu e sendo, assim impõe ao juiz o dever de agravar ou atenuar a reprimenda, uma vez incidente uma agravante ou atenuante, como se verifica nos arts. 61 e 65 do Código Penal Brasileiro. Também assim o faz em relação às causas de aumento ou de diminuição de pena, em que, uma vez

¹¹⁶ Na redação originária do Código Penal de 1940 eram somente previstas seis circunstâncias judiciais no art. 42. Com o advento da reforma da parte geral do Código pela Lei 7.209/84, foram previstas mais duas circunstâncias para análise do juiz: a conduta social do agente e o comportamento da vítima. A conduta social foi pensada como um desdobramento dos “antecedentes” e o comportamento da vítima decorreu do influxo dos estudos da vitimologia, conforme um pouco mais vagar trataremos no item 3.3. deste trabalho.

¹¹⁷ “La prohibición de la doble valoración significa, en su forma más simple, que, en la determinación de la pena, no pueden emplearse ni como circunstancias agravantes, ni como atenuantes, los **elementos del tipo legal**, ni los puntos de vista que afectan a cada delito de la misma naturaleza, que han sido tenidos ya en cuenta en la creación del marco penal por el legislador (§ 46 III)”.. JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de derecho pénal** (Parte general), Volumen segundo, trad. S. Mir Puig, F. Muñoz Conde, Bosch: Barcelona, 1981, p. 1210.

¹¹⁸ Pontua bem a importância da análise das circunstâncias judiciais, o professor Miguel Reale Júnior: “Destarte, é imprescindível que o magistrado liberte-se do fetichismo da pena mínima, para ajustar o quantum da sanção e a sua modalidade, no que entende ser necessário e suficiente a satisfazer a medida de justa reprovação que merece o réu, de acordo com seus antecedentes, conduta social, personalidade, bem como tendo em vista os motivos, circunstâncias e consequências de seu ato.” REALE JÚNIOR. **Instituições de Direito Penal**. Parte Geral. Vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 2004. Pg 88.

constatadas, cabe ao juiz como regra majorar ou diminuir a pena em frações preestabelecidas pela lei. Não cabe ao juiz lançar seu juízo de valor a respeito daquela determinada circunstância legal ou causa de aumento e de diminuição.

Diferentemente acontece em relação às circunstâncias judiciais, em que foi atribuído ao juiz o poder de decidir pelo seu prudente arbítrio se incidem ou não favoravelmente ao réu na fixação da pena-base, isto é, cabe ao juiz ao dosar a pena ponderar se a culpabilidade, antecedentes, personalidade, conduta social, motivos, circunstâncias, consequências e comportamento da vítima como favorável ou desfavorável ao réu.

Vê-se, pois, que a análise das circunstâncias judiciais e, por conseguinte, a fixação da pena-base, constitui atividade muito peculiar do juiz, algo muito particular que emerge do âmbito valorativo de cada magistrado. Porém, a fim de se evitar o tão rechaçado arbítrio incensurável próprio dos regimes absolutistas, em que se delegava ao magistrado o soberano poder de aplicar penas indeterminadas, é que se instituiu balizas interpretativas ao aplicador, balizas essas extrínsecas ao tipo penal, porém circundantes a este, ora relacionadas essencialmente ao fato do autor, ora relacionadas ao autor do fato típico penal.

3.2 A mescla de postulados da escola clássica e positiva no art. 59 do Código Penal brasileiro: consagração da teoria mista

A arquitetura do CPB recebeu forte influência das principais escolas penais¹¹⁹, influência essa que orientou a previsão das oito circunstâncias judiciais prevista nos art. 59.

A previsão de fatores relacionados especificamente ao autor do fato criminoso, como por exemplo a personalidade do agente, escancara a preocupação do legislador brasileiro em que o juiz dose a pena, não somente levando em consideração aspectos de retribuição da culpabilidade pelo fato, mas também os efeitos que da punição se espera na pessoa do delinquente.

Dessa forma, evidente que a opção do legislador brasileiro não foi a de somente enunciar como finalidades da pena e reprovação e a prevenção de novos crimes, mas também dotar o juiz de ferramental na lei apto ao cumprimento da tríplice finalidade da pena: retribuição, prevenção geral e prevenção especial negativa e positiva.

O exame de cada uma das circunstâncias relacionadas assume relevância peculiar para que a pena não capengue indevidamente para o lado de uma determinada diretriz finalística e sejam inadvertidamente esquecidas as outras finalidades. É bem de ver que nosso legislador, repise-se, consagrou a teoria mista e não apenas a retributiva ou utilitária.

¹¹⁹ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1955, vol. V, p. 459- 460.

Uma pena adequada às finalidades previstas na lei necessariamente demanda ao juiz o debruce nas circunstâncias relacionadas ao fato criminoso e também as especificamente relacionadas ao autor do fato.

Com efeito, na determinação judicial da pena não se consegue atender aos postulados de prevenção especial negativa e positiva, olvidando-se o juiz da ponderação das circunstâncias intrinsecamente pertinentes ao autor do fato, como por exemplo, seus antecedentes, sua conduta social e sua personalidade¹²⁰. Da mesma forma, não se retribui perfeitamente a culpabilidade sem a análise acurada do fato e sua consideração na fixação da resposta punitiva estatal.

Por pertinente, cabe trazer precisa lição do jurista francês Raymond Saleilles, o qual, no final do século XIX por ocasião da publicação de sua obra “A individualização da pena”, de 1898, já apresentava preocupação com a escorreita aplicação judicial da pena no que diz respeito às considerações de fatores relacionadas ao fato, mas também de seu agente:

“Deve-se criar a individualização orgânica e científica. Quando assim for, os magistrados saberão o que têm de fazer e o que farão. (...) Bastará, para que façam boa justiça humana e boa justiça social, que estabeleçam a porção clara de ambos os domínios e tendências. Raciocinem no direito quando se trate da qualificação do ato e sua apreciação objetiva, e comecem a levar mais em conta o elemento subjetivo quando se trata de apreciar a gravidade subjetiva e medir a quantidade da pena; isso se fará pela apreciação da causa combinada com o ponto de vista da gravidade objetiva do ato.”¹²¹

3.3 Circunstâncias judiciais relacionadas essencialmente ao fato do autor

Podemos relacionar no art. 59 do CPB circunstâncias judiciais que guardam pertinência essencialmente ao fato do autor praticado, que interferem na gravidade do crime.

¹²⁰ Jorge de Figueiredo Dias ressalta os fatores na medida da pena que não de ser considerados no que diz respeito ao critério da prevenção especial: “Dentro da “moldura de prevenção” acabada de referir actuam irrestritamente as finalidades de prevenção especial. Isto significa que devem aqui ser valorados todos os factores de medida da pena relevantes para qualquer uma das funções que o pensamento da prevenção especial realiza; seja a **função** primordial de socialização, seja qualquer uma das funções subordinadas de advertência individual ou de segurança ou inocuização.” DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal português: parte geral II as consequências jurídicas do crime**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 243.

¹²¹ SALEILLES, Raymond. **A individualização da pena**. São Paulo: Rideel, 2006, p. 192-193.

3.3.1. Culpabilidade

A culpabilidade inaugura o rol das circunstâncias judiciais previstas no art. 59. Constitui o juízo de reprovabilidade que recai sobre o fato praticado pelo autor. A censurabilidade do fato se apresenta tão maior quanto maior for o nível de exigibilidade de conduta diversa ostentar aquela conduta para aquele determinado autor¹²².

Por exemplo, o fato de alguém assassinar uma pessoa próxima, de seu círculo de convivência, como um amigo de infância é, em tese, mais censurável do que um homicídio que tem como vítima uma pessoa pouco conhecida e sem laços de proximidade. Da mesma forma, apresenta-se, em tese, mais reprovável um crime premeditado do que aquele praticado no calor das emoções, tendo em vista que atos premeditados são pensados e repensados com maior frieza, sendo de se esperar que o freio psicológico inibitório da conduta criminosa funcionasse, o que decerto constitui um maior nível de exigibilidade de conduta diversa.

A circunstância judicial com a denominação “culpabilidade”, foi inserida no CPB por obra do legislador reformista de 1984. Objetivou-se substituir a antiga expressão constante do art. 42 da redação originária do CPB de 1940 “intensidade do dolo e grau da culpa” com o fito de adequar a redação do Código ao sistema finalista de Hans Welzel, o qual orientou os institutos da nova parte geral do Código brasileiro, razão pela qual¹²³.

A concepção de dolo e culpa adotada pelo sistema finalista não comporta gradação, pois se submetem ao sistema binário de “sim” ou “não”. Presente o dolo natural ou a culpa, requisitos do crime que foram deslocados para o fato típico, deixando a antiga sede da culpabilidade, não há espaço para mensuração quantitativa. Contudo, com relação à culpabilidade na versão welzeliana normativa pura, afigura-se perfeitamente possível realizar juízos de graduação e intensidade como medida da pena, seja da exigibilidade de conduta diversa, seja potencial consciência da ilicitude e até mesmo de imputabilidade¹²⁴, razão pela qual a Lei n. 7.209/84 trouxe para o art. 59 o termo mais adequado, qual seja, a culpabilidade para fins de medida da pena.

O §50 da Exposição de Motivos da nova parte geral de 1984 esclarece o que ora se colocou:

“As diretrizes para a fixação da pena estão relacionadas no artigo 59, segundo o critério da legislação em vigor, tecnicamente aprimorado e necessariamente adaptado ao novo, elenco de penas. Preferiu o Projeto a expressão “culpabilidade” em lugar de “intensidade do dolo ou grau de culpa”, visto que graduável é a censura, cujo índice, maior ou menor, incide na quantidade da pena.”¹²⁵

¹²² CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 356.

¹²³ Ibidem, p. 355.

¹²⁴ Ibidem, p. 350.

¹²⁵ CPB, Exposição de motivos da nova parte geral, §50. Disponível em

Isso não significa que a culpabilidade utilizada como medida da pena se confunde por completo com a culpabilidade elemento do crime, no sentido de autorizar ao magistrado considerar em desfavor do réu a aludida circunstância judicial com discursos vazios de conteúdo, tais como: valoro a culpabilidade em desfavor do réu, porque o sujeito obrou com consciência da ilicitude” ou “valoro em desfavor do réu a culpabilidade essas circunstâncias por si sós já serviram para a configuração do fato criminoso como punível. O que autoriza a elevação da reprimenda base pela circunstância da culpabilidade são fatores especiais que tornaram a conduta ainda mais inexigível, conforme exemplificado em linhas acima.

Enfim, constata-se que um fato dotado de maior censurabilidade carece, não apenas de mais elevada retribuição, mas também, de mais eloquente comunicação à coletividade, o que se alinha às finalidades da pena de reprovação e prevenção geral.

3.3.2. Motivos

Consideram-se motivos, as causas inspiradoras do delito.

Jorge de Figueiredo Dias trata os motivos do crime como circunstâncias atinentes à execução do fato que servem para caracterizar a medida da censurabilidade, ligando-se, portanto, ao juízo e ou tipo de culpa:

“Assim, desde logo, os sentimentos, os motivos e os fins do agente manifestados no facto; contexto em que assume relevo decisivo determinar se o facto radica numa determinada disposição do agente ou só numa situação ocasional ou momentânea (com todo o relevo que tais circunstâncias possuem na vertente da prevenção especial). Importante é ter atenção, no que toca aos sentimentos e motivos, que eles reentram não apenas circunstâncias da motivação interior (ódio, cólera, intenção lucrativa ou libidinosa, compaixão, medo), mas também estímulos externos (necessidade económica, coacção, pressão política). Tanto os sentimentos como os motivos e os fins devem ser investigados pelo juiz quanto à medida da pressão que exerceram sobre o agente e quanto à sua essência de valor jurídico-penal.”¹²⁶

Cabe atentar, todavia, como já explicado, que o juiz levará em consideração os motivos por ocasião da fixação da pena-base, desde que aquele motivo apontado não constitua elementar do tipo, nem qualificadora, nem causa de

<<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-exposicao-demotivos-148972-pe.html>. Acesso em 25 de junho de 2018

¹²⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal português: parte geral II** as consequências jurídicas do crime. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 247.

aumento de pena, a fim de não incorrer em bis in idem, pela dupla valoração em desfavor do réu. Também não levará em consideração os motivos no exercício da fixação da pena-base, caso aquele motivo apontado favoravelmente ao réu constitua circunstância privilegiadora, atenuante ou causa diminuição de pena, em razão do princípio da especialidade aplicado em favor destas últimas frente às circunstâncias judiciais.

Por exemplo, Homicídio qualificado pelo motivo torpe ou homicídio privilegiado emocional não são circunstâncias influentes para a modificação da pena-base. Porém, pode ser considerado como motivo influente na fixação da pena-base de um crime de roubo, o intuito de comprar drogas ou ir para um show de brega, dentre outros.

Portanto, os motivos podem ensejar um juízo de maior ou menor reprovação do agente, os quais, quando não constituam, qualifiquem ou agravem o delito, modulam a pena-base. Conforme objetivamente pontuou Miguel Reale Jr.:

“Os motivos podem merecer maior ou menor reprovação, bem como o fim de prevenção geral pode exigir uma reprimenda mais grave diante do motivo reprovável não elencado como circunstância agravante.”¹²⁷

3.3.3. Circunstâncias

São fatores relacionados ao tempo e lugar do crime, bem como com o modus operandi, que não constituam elementar do crime, circunstância qualificadora, privilegiadora, nem causa de aumento ou diminuição de pena.

Por exemplo, pode ser valorada desfavorável ao réu, a circunstância de um homicídio haver sido executado em via pública, à luz do dia, sujeito à observação de dezenas de transeuntes, de maneira a incutir a cultura sangrenta na localidade.

3.3.4. Consequências do crime

Consiste maior ou menor extensão do dano provocado pelo delito, tanto para a vítima quanto para seus familiares e dependentes por ricochete.

Por exemplo, a morte de um arrimo de família é uma consequência desfavorável e um homicídio; enquanto que é considerada uma consequência favorável, a recuperação integral da res furtiva em perfeito estado.

¹²⁷ REALE JÚNIOR, Miguel Reale. **Penas e Medida de Segurança no Novo Código**. Forense. 1987. p. 162.

3.3.5. Comportamento da vítima

O comportamento da vítima é avaliado pela participação da vítima como agente criminoso ou não na inspiração e consecução do delito (influência dos estudos da vitimologia). Na redação originária do Código Penal Brasileiro em vigor não constava o comportamento da vítima como circunstância balizadora para a fixação da pena-base. Com o advento da reforma da parte geral do Código Penal, entendeu-se por incorporar os estudos da vitimologia como mais um fator a ser ponderado pelo juiz na dosimetria da pena.

A exposição de motivos da reforma da parte geral do Código Penal deixa patente a preocupação em se considerar mais um componente na avaliação da culpabilidade global do réu na prática delitiva por ocasião da determinação judicial da pena, ou seja, a influência ou não da vítima no fato:

“Fez-se referência expressa ao comportamento da vítima, erigido, muitas vezes, em fator criminoso, por constituir-se em provação ou estímulo à conduta criminoso, como, entre outras modalidades, o pouco recato da vítima nos crimes contra os costumes [...]”¹²⁸

Embora o nítido tom arcaico no exemplo utilizado na exposição de motivos para justificar a relevância que o comportamento da vítima pode assumir na prática de alguns crimes, é possível extrair a mens legis da incorporação daquela então nova circunstância judicial no Código Penal Brasileiro como um fator impactante na culpabilidade do agente, portanto, digno de ser sopesado pelo magistrado quando da aplicação da reprimenda penal.

Nessa linha de raciocínio, José Antonio Paganella Boschi associa o comportamento da vítima com a culpabilidade do agente:

“O comportamento da vítima, desse modo, quando analisado, não pode ser separado do momento em que o juiz apreciará a própria culpabilidade, pois ao instigar, provocar ou desafiar o agente, a vítima, direta ou indiretamente, intencionalmente ou não, termina por enfraquecer a determinação do agente em manter-se obediente ao ordenamento jurídico. A circunstância judicial em questão provavelmente seja a que melhor ilustra a conexão das circunstâncias judiciais do art. 59, com os elementos de culpabilidade”¹²⁹

¹²⁸ CPB, Exposição de motivos da nova parte geral, §50. Disponível em <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-exposicaodemotivos-148972-pe.html>>. Acesso em 25 de junho de 2018

¹²⁹ BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 213

A compreensão do comportamento da vítima como fator crimínógeno apto a ser relevado nas consequências jurídicas do crime teve origem nos estudos do advogado israelita Benjamin Mendelsohn, que classificou a provocação ou participação das vítimas como: a) ideais, aquelas completamente inocentes; b) vítimas menos culpadas que os criminosos; c) vítimas tão culpadas quanto os criminosos; d) vítimas mais culpadas que os criminosos; e) vítimas como únicas culpadas.¹³⁰

Pode-se entender como vítima ideal aquela em que nada contribuiu para ser alvo do crime, como por exemplo vítima de bala perdida ou de terrorismo, por uma clara infelicidade.

As vítimas menos culpadas que os criminosos para Mendelsohn, é a aquela que se põe por ignorância em situação de risco, como por exemplo que frequenta locais perigosos, ou a tal mulher de pouco recato em estupros, ou quem anda com o vidro do carro baixo ostentando relógios caríssimos.

As vítimas tão culpadas quanto o delinquente, são aquelas que assumem uma postura ativa no delito, tal como acontece nas hipóteses de torpeza bilateral em estelionatos, quando a vítima inclusive objetiva também lucrar com a realização do negócio.

A vítima mais culpada que o criminoso é aquela provocadora, a que diretamente induz ou instiga a ação criminosa, como por exemplo nos homicídios emocionais, considerados privilegiados.¹³¹

Por fim, as vítimas como únicas culpadas acontece quando elas são exclusivamente culpadas pelo fato, como por exemplo quem agride injustamente alguém que reage à agressão em legítima defesa ou quem se atira na frente de um veículo em suicídio. Nesses casos, obviamente, não se está a tratar de conduta criminosa.

De acordo com a classificação ora exposta, percebe-se como perfeitamente passível de ser valorada como circunstância judicial favorável ao réu o comportamento da vítima que seja tão culpada quanto o criminoso ou mais culpada que o criminoso, tendo em vista que apesar de remanescer o caráter criminoso da conduta, a culpabilidade se apresenta mais reduzida em virtude da própria postura da vítima.

Todavia, quando a vítima não exercer nenhuma influência efetiva à consecução do delito, obviamente o juiz há de valorá-la em desfavor do réu.¹³²

¹³⁰ MENDELSON apud FERNANDES, Newton; FERNANDES, Valter. **Criminologia integrada**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 137.

¹³¹ Art. 121§1º, CPB: Se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço.

¹³² BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal**: parte geral. 2. ed, Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 381.

3.4 Circunstâncias judiciais relacionadas especificamente ao autor do fato

Podemos relacionar no art. 59 do CPB circunstâncias judiciais que guardam pertinência especificamente à figura do autor do fato, circunstâncias essas que não se relacionam com a gravidade objetiva do crime praticado, mas apenas o sujeito que o cometeu. Dados pertinentes a seu passado criminal, personalidade e seu modo de vida na sociedade interferem na medida da pena¹³³, notadamente para fins de prevenção especial.

3.4.1. Antecedentes

Consiste no passado criminal do sentenciado, que funciona como elemento hábil a aferição da periculosidade do réu e potencialidade de prática de delitos futuros.

Percebe-se que o conceito do referido vetor, tem inspiração positivista, tendo em vista que, como bem esclarece Roberto Lyra, em seus comentários ao Código Penal de 1940:

“Nos antecedentes, destacados da personalidade, para não deixar dúvida de que a conduta e a marca inconfundível e de indispensável penetração, compreendem-se todos os aspectos da vida individual, familiar e social, inclusive depois do fato. A verificação da periculosidade, na fase da aplicação da pena, não se liga ao problema da responsabilidade, previamente resolvido. E feita para os fins da sanção.”¹³⁴

Vê-se que a interpretação genuína desta circunstância judicial, era no sentido de englobar todos os aspectos da vida pregressa do sentenciado, inclusive processos de natureza cível¹³⁵. Pela forma de vida do réu, o juiz ponderava aspectos positivos e negativos e extraía, nas palavras de Nélson Hungria, uma espécie de “conta corrente”, para se saber se havia saldo credor ou devedor.¹³⁶

A jurisprudência brasileira, entretanto, atualmente tem moldado o conceito de antecedentes de maneira a dar conformidade com o princípio constitucional da presunção de não culpabilidade antes do trânsito em julgado da sentença condenatória (art. 5º, LVII, CF/88).¹³⁷

¹³³ “O agente será merecedor da maior reprovação se o fato praticado revelar-se consequência esperada de seus antecedentes, de sua conduta social bem como de seu particular modo de ser, da sua escolha de valores e das tendências que preferiu desenvolver em detrimento de outras potencialidades positivas.” REALE JÚNIOR, Miguel Reale. **Penas e medidas de segurança no novo código**. 2. ed. Forense, 1987, p.161.

¹³⁴ LYRA, Roberto. **Comentários ao código penal**. Vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 219.

¹³⁵ Ibidem, p. 210.

¹³⁶ REALE JÚNIOR, Miguel Reale. **Penas e medidas de segurança no novo código**. 2. ed. Forense, 1987, p.161.

¹³⁷ Súmula 444, STJ: É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base. Data da Publicação - DJ-e 13-5-2010.

3.4.2. Conduta social

A conduta social foi incluída no rol de circunstâncias judiciais no CPB pela reforma da parte geral de 1984. Na redação originária de 1940, a conduta social do agente integrava o único conceito de antecedentes. A vida pregressa do condenado era analisada globalmente.¹³⁸

Com a inclusão dessa nova circunstância judicial, passou-se a considerar especificamente aspectos relacionados à forma como o réu vive no meio social, familiar e comunitário. Não guarda relação com o retrospecto criminal necessariamente.

José Antonio Paganella Boschi ensina que a valoração da conduta social tem como parâmetro, não a sociedade formal como um todo, mas sim àquela sociedade que o sujeito se encontra integrado, ou seja, o seu ambiente de relacionamentos.¹³⁹

Na legislação estrangeira a conduta social também é contemplada como elemento modulador da pena direcionado ao atingimento das finalidades de reprovação e de prevenção do delito. A respeito da legislação alemã, comenta Jescheck:

“Com a consideração da vida anterior do réu e de sua conduta posterior ao delito (§ 46 II 2), amplia-se consideravelmente o círculo de fatores determinantes da pena, mas esta ampliação é indispensável para se conseguir uma forma de reação justa e, ao mesmo tempo, prevenir o delito.”¹⁴⁰

3.4.3. Personalidade

Consiste na avaliação do caráter do agente, o seu temperamento exteriorizado no ato criminoso¹⁴¹, que, em cotejo com o conjunto de comportamentos do indivíduo informados nos autos, instrui o juiz a considera-lo afeito ou não a práticas ilícitas.

Assim como a conduta social, a previsão da personalidade do agente como circunstância judicial e sua análise na dosimetria da pena, foi a forma que o legislador encontrou para conciliar aspectos aparentemente inconciliáveis, ou seja, o caráter retributivo da pena com o de prevenção especial. O raciocínio do legislador foi no

¹³⁸ BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal**: parte geral. 2. ed, Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 377.

¹³⁹ BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002 p. 202.

¹⁴⁰ JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de derecho pénal** (Parte general), Volumen segundo, trad. S. Mir Puig, F. Muñoz Conde, Bosch: Barcelona, 1981, p. 1211.

¹⁴¹ “O crime vale como sintoma da personalidade do criminoso, e não como entidade abstrata. A defesa social tem finalidade direta — a readaptação, — empenhando-se, especificamente, pela eliminação da causa do crime. Impõe-se, assim, a individualização, considerando o conteúdo do crime e a personalidade do delinquente para determinar o tratamento praticamente mais adequado.” LYRA, Roberto. **Comentários ao código penal**. Vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 177. Trad. nossa.

sentido de que o quantum temporal aplicado é modulado de acordo com a necessidade de tempo que cada condenado permanecer cumprindo pena, seja para fins de ressocialização, desiderato da prevenção especial positiva, seja para fins de inocuidade, desiderato da prevenção especial negativa. O fato é que a personalidade do agente aparece como mais um fator de relevância na determinação judicial da pena, sempre atrelada aos fins de repressão e também de prevenção de crimes.

A atual construção do Código Penal Brasileiro, bem como dos sistemas jurídicos que adotam a teoria mista das finalidades da pena, estabelece a pena medida em tempo, pois, alia-se ao conceito de culpabilidade entendida como justa retribuição do mal causado pelo crime, bem como com elementos de defesa social, elementos esses do caráter subjetivista herdado da Escola Positiva do Direito Penal. A Escola positiva do direito penal ganhou tamanha força que inspirou grande parte dos Códigos Penais de países de cultura romano- germânica, dentre eles o do Brasil, sendo certo que tal movimento não se cingiu à Itália e isso se explica pela premente necessidade de contenção das massas gestadas no berço da burguesia hegemônica do pós-iluminismo. Código Rocco foi um dos exemplos da assunção da Escola positiva como orientadora das legislações, criminologia e também política criminal.¹⁴²

Frise-se, todavia, que a concepção de Bettiol a respeito da análise da personalidade do agente, distancia-se dos postulados positivistas, porque entende que a personalidade a ser analisada pelo juiz para medir a pena, não é a aquela de cariz criminológica, naturalística, mas sim a personalidade moral do réu aferida pelos atos exteriorizados de vontade, que demonstram seu modo de ser, aspectos esses que repercutem, segundo ele, na culpabilidade do agente¹⁴³, razão pela qual compete ao juiz, ao examinar a capacidade para delinquir do réu, não deve averiguar se ele poderá no futuro voltar a delinquir, mas sim, deve analisar o grau de maldade que o delinquente demonstrou na prática do crime¹⁴⁴.

Constata-se, portanto, que o jurista italiano não deixa de atribuir relevância ao fator personalidade do agente na dosimetria da pena, entretanto a considera como elemento de retribuição da culpabilidade e não para fins de prevenção especial.¹⁴⁵

De outra parte, tem-se com relação à circunstância judicial personalidade do agente, não esquecer de aspectos relevantes atinentes ao exercício do poder punitivo estatal. Sem pretender neste momento adentrar nos meandros da criminologia crítica e, de forma meramente explicativa, o fato é que a história do direito penal moderno foi construída sob dois pilares: o da retribuição e o da contenção.¹⁴⁶

¹⁴² ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro**. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 404.

¹⁴³ BETTIOL, Giuseppe. **Derecho penal**: parte general. Buenos Aires: Rodamillans, 1958, p. 791.

¹⁴⁴ Ibidem, p. 794.

¹⁴⁵ “Si la pena repercute así sobre el hombre, em el sentido de que no puede prescindir-se -por ser retributiva- de considerar la íntegra personalidad de aquél, toda pena es pena de autor, por cuando no se limita al hecho, sino que se adecua a la personalidad del reo, a su modo de ser. Pero em cuanto toda pena debe hallar su correspondencia em la culpa, porque no hay pena fuera de ésta, todos los elementos que caracterizan la personalidad humana y que el juez tiene presentes para individualizar la pena, son en último análisis los que integran um juicio de culpabilidad.” Idem.

¹⁴⁶ Vera Malaguti Batista explica a consequência central do influxo da escola positiva no tempo de pena privativa

Nesse toar, levando em consideração que a deontologia da aplicação da pena no Código Penal Brasileiro pressupõe a observância das finalidades de reprovação e prevenção de crimes, ao consagrar a teoria eclética, cabe ao magistrado não olvidar de considerar elementos extraídos dos autos que digam respeito à personalidade do agente, o que infelizmente na prática muitas vezes é relegado a segundo plano e quase nunca utilizado como circunstância efetivamente analisada e ponderada. Comumente as sentenças criminais ou não analisam a personalidade do agente, sob alegação de ausência de elementos concretos para aferição, ou os magistrados argumentam que carecem de laudo psiquiátrico.¹⁴⁷

Muitos desses magistrados se omitem na verdadeira análise desta circunstância por de certa forma temer está a utilizar o tão abominado direito penal do autor. Todavia, é importante não confundir o que significa direito penal do autor - que consiste na punição pelo que a pessoa é e não por algo que ela fez -, com o mero exercício da individualização da pena, pautada ao atingimento de seus desideratos declarados de retribuição e prevenção de crimes.

Ademais, como dito, não se afigura adequado realizar um escoreito programa de prevenção especial, olvidando de analisar aspectos subjetivos do autor do crime, nos quais se insere a sua personalidade. Não é à toa que a Lei de Drogas (Lei 11.343/06), legislação até recente, elegeu no art. 42 como fator preponderante para a fixação da pena-base, não apenas aspectos relacionados ao fato, mas também ao seu autor, ou seja, a personalidade do agente e sua conduta social e não apenas a quantidade da droga e sua potencialidade lesiva.

Dessa forma, vê-se que a análise da personalidade do agente na dosimetria da pena não pode ser interpretada como algo relacionado ao direito penal do autor, mas sim, possui peculiar relevância na persecução de uma pena alinhada a seus objetivos, sobretudo o de prevenção especial negativa e positiva, isto é, neutralização temporal, a fim de se evitar reincidência e a tão aclamada ressocialização¹⁴⁸.

de liberdade: “Na criminologia, o positivismo transfere o objeto do delito demarcado juridicamente para a pessoa do delinquente. Contra os perigos revolucionários da ideia de igualdade, nada melhor do que uma legitimação “científica” da desigualdade. O criminoso, agora biologicamente ontológico, vai demandar mais pena, mas poder punitivo indeterminado: corrigir a natureza demanda tempo.” BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução crítica à criminologia brasileira**. 2.ed., Rio de Janeiro: Revan, 2015, p. 26-27. Ressalte-se, entretanto, que a escola positiva ainda mantém resquícios na legislação, como por exemplo a consideração de fatores pessoais do agente, tal como sua personalidade e conduta social, porém, como visto no capítulo 1, não prevê o CPB penas indeterminadas, devendo, inclusive, o cumprimento da pena privativa de liberdade não ultrapassar a alçada dos 30 (trinta) anos, consoante prevê o art. 75.

¹⁴⁷ A jurisprudência do STJ, entretanto, dispensa a presença de laudo psiquiátrico nos autos para fins de averiguação da personalidade do agente: “A valoração negativa da personalidade do agente exige a existência de elementos concretos e suficientes nos autos que demonstrem, efetivamente, a maior periculosidade do réu aferível a partir de sua índole, atitudes, história pessoal e familiar, etapas de seu ciclo vital e social, etc., sendo prescindível a existência de laudo técnico confeccionado por especialistas nos ramos da psiquiatria e psicologia para análise quanto a personalidade do agente” (AgRg no REsp 1301226/PR, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 11/03/2014, DJe 28/03/2014)

¹⁴⁸ “A la personalidad del reo pertenecen además el grado y clase de la necesidad de resocialización del reo. El § 46 I 2 obliga expressamente al tribunal a considerar la personalidad del reo, en atención a los efectos que la pena

Paulo Queiroz ao relacionar as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CPB obtempera o posicionamento aqui apontado ao afirmar que¹⁴⁹:

“É certo, por outro lado, que a prevenção geral que orienta, ordinariamente, a legislação quando da definição das infrações penais e cominação das penas respectivas, que deverá ser graduada segundo a culpabilidade do autor. Assim, o homicídio, a lesão corporal, o estupro etc. Não são estes os únicos critérios orientadores de uma política criminal pragmática, porém. De fato, e sobretudo por ocasião da aplicação da pena e posterior execução, tem-se em vista a reintegração social do condenado, grandemente. Assim, quando se prevê que, para a fixação da pena, o juiz atenderá aos antecedentes, à conduta social, à personalidade, aplicando-a conforme seja suficiente e necessária para a reprovação e prevenção do crime (art. 59). Igualmente, quando prevê a progressão do regime penitenciário, a remição da pena pelo trabalho, o livramento condicional etc. Não há dúvida, assim, de que o legislador se louvou também em critérios de prevenção especial”.

Por fim, na precisa lição de Bettiol:

“Dentro de uma concepção retributiva da pena não é possível prescindir da consideração do caráter do réu. (...) O juiz deve seguir, em consequência, para o exercício do seu poder discricional no que se refere à aplicação da pena, dois critérios: um objetivo, consernete à gravidade do fato, tanto do ponto de vista material como psicológico, e outro subjetivo, referente a capacidade para delinquir. Pretende-se que o primeiro seja o principal e o segundo acessório. Sustentamos, pelo contrário, que ambos estão no mesmo plano separados só cronologicamente, já que o juiz deve, em primeiro lugar, ter em conta a gravidade da infração, e em segundo lugar, enquadrar a esta a personalidade do agente.”¹⁵⁰

puede tener en la vida futura del reo en la sociedade” JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de derecho pénal** (Parte general), Volumen segundo, trad. S. Mir Puig, F. Muñoz Conde, Bosch: Barcelona, 1981, p. 1211.

¹⁴⁹ QUEIROZ, Paulo. **Funções do Direito Penal**: Legitimação versus Deslegitimação do sistema penal. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 80-81.

¹⁵⁰ BETTIOL, Giuseppe. **Derecho penal**: parte general. Buenos Aires: Rodamillans, 1958, p. 794-793.

4

CAPÍTULO 4 – Da fixação da pena-base com equiparação hierárquica de todas as circunstâncias judiciais: a limitação da arbitrariedade judicial pela proporcionalidade e a necessária observância das finalidades da pena declaradas no Código Penal

Diz-se que o magistrado ao aplicar a pena possui liberdade para fixar a reprimenda base entre as margens penais, de acordo com seu prudente arbítrio.¹⁵¹ Logo, a escolha entre o mínimo e o máximo vai depender de ato discricional do juiz, de acordo com o que emergir dos autos e conforme sua impressão valorativa, razão pela qual, considera-se como expressão sinônima do já falado prudente arbítrio, a discricionariedade do juiz. A discricionariedade do juiz na aplicação da pena, porém, apresenta-se regrada pelo que se extrai das circunstâncias judiciais já estudadas, estando estas relacionadas com as finalidades da pena, ou seja, com a repressão e prevenção de crimes. Convém, todavia, estabelecer maior delimitação ao poder discricional do juiz, dada a insuficiência da lei em garantir punições equilibradas, justas e pertinentes ao que carece a sociedade e aquele determinado indivíduo sentenciado, conforme ficará demonstrado adiante.

¹⁵¹ A Exposição de motivos da parte geral do CPB de 1984 utiliza a expressão “prudente arbítrio do juiz” no item 42, ao tratar sobre a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade para restritiva de direitos, após análise das circunstâncias judiciais. Por sua vez, no item 49 do mesmo texto, traz a expressão *arbitrium iudicis*, ao se referir sobre a individualização da pena realizada pelo juiz.

4.1 Da atuação do magistrado sentenciante *de lege lata*: o dever de obediência aos imperativos legais de necessidade e suficiência da pena diante das finalidades declaradas pela teoria da união

Os sustentáculos da legitimação penal devem ser assimilados a fim de que o poder punitivo possa bem servir ao que se propõe.¹⁵²

Nesse ponto, o art. 59, parte final do CPB, não deixa dúvidas a respeito do que deve mirar o magistrado ao aplicar a pena. Deve ele retribuir o mal do crime pelo mal da pena, sem descurar dos aspectos preventivos.¹⁵³

O direito penal de garantias deve ser pautado em dogmas que não de ser seguidos. No caso da dosimetria da pena, especificamente no tocante à fixação da pena-base, o legislador achou por bem apenas enunciar as finalidades de reprovação e prevenção de crimes, contemplando, pois, a teoria da união sem, contudo, estabelecer preponderância entre os referidos fins.

Diante de tal panorama, razoável a interpretação no sentido de que o julgador deve contemplar a um só tempo a todas as finalidades da pena na sentença e não eleger uma apenas em detrimento das outras, isto é, o juiz não deve elastecer em demasia a pena ou aplicá-la infimamente, levando somente em consideração aspectos preventivos ou de retribuição. A reprimenda deve ser aplicada de maneira equilibrada entre os três pilares orientadores finalisticamente, isto é, retribuição da culpabilidade, prevenção geral e prevenção especial.¹⁵⁴

Assim se entende, porque o art. 59 do CPB foi enfático ao trazer a conjunção “e” na sua redação, em nítido sentido de adição, estabelecendo, pois, que o juiz, de maneira a atender à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à

¹⁵² A legitimação do poder punitivo estatal relacionada às finalidades da pena e sua necessária justificação racional é tema de frequente abordagem na doutrina nacional e estrangeira, tendo em vista que estas fundamentam o próprio direito penal. Nesse sentido, os professores Bustos Ramírez e Malarée: “*Ahora bien, el fundamento y fin de la pena ha sido objeto de larga discusión en el derecho penal. Esta discusión ha dado lugar a las llamadas teorías de la pena. Estas teorías son en el fondo teorías del derecho penal, pues su objetivo es legitimarlo, esto es, justificar mediante explicaciones racionales la imposición de un castigo que puede afectar al patrimonio, la libertad o incluso la vida de una persona* (Zugaldía, 1995, 11). *Estas teorías se clasifican en teorías absolutas y teorías relativas de la pena*” BUSTOS RAMÍREZ, JUAN J.; MALARÉE, HERNÁN HORMAZÁBAL, **Lecciones de derecho penal**. Vol. I. Trotta: Madrid, 1997, p. 44.

¹⁵³ Miguel Reale Júnior ao comentar as alterações da nova parte geral do Código Penal Brasileiro implementadas pela Lei 7.209/84 refere-se à redação do art. 59 do CPB como o dado de maior relevância da reforma, haja vista que trouxe expressamente grafadas as finalidades da pena, como de reprovação e de prevenção do crime, pelo que atribui a eleição da teoria unificadora no Código como a disseminação de um verdadeiro “refrão” da individualização judicial da pena. REALE JÚNIOR, Miguel Reale. **Penas e medidas de segurança no novo código**. 2. ed. Forense, 1987, p. 163.

¹⁵⁴ No mesmo sentido é a conclusão do professor catedrático de Friburgo em Brisgóvia, Hans-Heinrich Jescheck, sobre o direito alemão, o qual serviu de influência ao CPB: “Los principios decisivos de la determinación de la pena pueden ser diferentes según la relación de los fines de la pena entre sí. De acuerdo con el derecho vigente (§ 46 I), el Tribunal debe partir de la **teoría de la unión**, que exige se llegue a una relación equilibrada de los distintos fines de la pena” JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de derecho penal** (Parte general), Volumen segundo, trad. S. Mir Puig, F. Muñoz Conde, Bosch: Barcelona, 1981, p.1197.

personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, fixará a pena, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

Diferente conclusão dar-se-ia se o legislador houvesse utilizado a expressão “ou”, isto é, se houvesse prescrito que o juiz, atento às circunstâncias judiciais, haveria de aplicar a pena conforme fosse necessário e suficiente para reprovação **ou** prevenção do crime. Nesse quadro, estar-se-ia obviamente deixando a critério do juiz a escolha da finalidade da pena a ser considerada por ocasião de sua individualização, se apenas prevenção especial, ou geral ou de mera retribuição da culpabilidade. Mas sabemos que não foi esse o escopo do legislador.¹⁵⁵

Em que pese a obviedade do dever de contemplar em certa medida a todas as finalidades da pena ao aplicá-la, comodamente, em geral, juízes sentenciante se desapegam da letra da lei e fixam a pena-base como bem lhes interessa.¹⁵⁶

Por isso mesmo, apesar da clareza do dispositivo legal mencionado, que elegeu a teoria unificadora aditiva, parcela da doutrina, descrente na atuação coerente do julgador, tece severas críticas à ausência de orientação da lei acerca de eventual critério preponderante pelas teorias combinatórias, sob a alegação de que, ao invés de solucionar os problemas provenientes das teorias puristas, os multiplicam¹⁵⁷, na medida em que permitem a escolha da pior decisão em cada caso, o que resultaria numa entrega do direito penal à arbitrariedade.¹⁵⁸

Como dito, segundo os críticos à teoria da união, a ausência de critério finalístico preponderante opera a serviço do arbítrio judicial¹⁵⁹, notadamente porque não se conseguiria constatar com clareza qual a função que realmente outorgaria sentido à pena estatal, sendo certo que a reunião de princípios contraditórios, além de não possibilitar um eficaz controle de legitimidade, pela apresentação da pena cada vez por uma face distinta, a adição de funções discrepantes não daria lugar a um princípio sintético.¹⁶⁰

¹⁵⁵ Segundo Claudio Brandão, o art. 59 do CPB não deixa margem para dúvidas acerca da congregação das finalidades de reprovação e prevenção de crimes como parâmetro orientador na aplicação da pena: “O Código Penal, no art. 59, dá ainda uma chave de interpretação que deverá servir de guia para todo o processo trifásico: as finalidades de reprovação e prevenção que norteiam o conceito de pena. Assim, a pena concretamente aplicada tem que servir, a um só tempo, como expiação da culpabilidade do agente e como meio para evitar que novos delitos não voltem a acontecer.” BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal**: parte geral. 2. ed, Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 369.

¹⁵⁶ Sobre esse aspecto constatado em grande parte das decisões judiciais, manifesta-se Zaffaroni: “Um direito penal elaborado dogmaticamente, mas que termina em uma prática *tópica* (porque permite que o operador escolha primeiro a decisão e, depois, procure o fundamento), exhibe o descumprimento da promessa dogmática de previsibilidade”. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro**. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 114.

¹⁵⁷ ROXIN, Claus. **Problemas básicos del derecho penal**. Trad. DIEGO-MANUEL LUZON PEÑA. REUS. S. A.: Madrid, 1976. p 19-20.

¹⁵⁸ Nesse sentido: “As combinações teóricas incoerentes, em matéria de pena, são muito mais autoritárias do que qualquer uma das teorias puras, pois somam as objeções de todas as que pretendem combinar e permitem escolher a pior decisão em cada caso”. “ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro**. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 141).

¹⁵⁹ JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. **Finalidades da pena**. Barueri: Manole, 2004, p. 131-135. O autor propõe ainda que se defina de *lege ferenda* um critério preponderante que se compatibilize com os ditames constitucionais e elege a função de garantia contra a violência punitiva estatal como preponderante. Op. Cit. p. 138-146.

¹⁶⁰ SÁNCHEZ, Bernardo Feijoo. **Retribución y Prevención General**: Um estudio sobre la teoría de la pena y las

Ainda, segundo parcela da doutrina, a adoção da teoria da união não forneceria possibilidade de conciliação entre os fins de retribuição e prevenção. De acordo com a doutrina de Rodrigo Roig, a tentativa de perseguição simultânea das finalidades de reprovação e prevenção do crime seria incongruente, tendo em vista a ontológica oposição e incompatibilidade dos referidos desígnios. Acrescenta o autor, que em uma perspectiva democrática, estes fins seriam individualmente irrealizáveis e conjuntamente paradoxais e ainda maximizadores da afetação do indivíduo¹⁶¹.

Contudo, verifica-se que as críticas lançadas à reunião de finalidades preventivas e retributivas padecem de argumentação mais elaborada.

Com efeito, sem a pretensão de esgotar a discussão ora travada, até porque a finalidade desta pesquisa é trabalhar soluções à dosimetria da pena no âmbito da legislação vigente, ou seja, expor o cenário *de lege lata*, e não propriamente discutir o acerto ou desacerto da opção de legislador brasileiro pela teoria mista, o fato é que não se enxerga em absoluto incompatibilidade no plano ontológico e deontológico entre reprovar e prevenir o crime simultaneamente. O fenômeno criminal pode ser visualizado retrospectiva e prospectivamente por ocasião da dosimetria da pena, sem que isso ocasione qualquer tipo de perplexidade.

Nada obsta que uma reprimenda se preste a retribuir o mal do crime com o mal da pena na exata medida da culpabilidade do agente e ainda se preste para fins de ressocialização do apenado e, quando não possível, sirva pelo menos para fins de sua neutralização temporária, ao retirar-lhe do convívio social. Essa mesma pena, uma vez aplicada, poderá servir de reforço da vigência da norma e, porque não, intimidar a coletividade à não delinquir. Observe-se que todas as finalidades da pena a um só tempo foram contempladas, retribuição, prevenção especial e prevenção geral.

A imposição de uma pena entre os marcos legais, máximo e mínimo, e no âmbito desse espaço, o qual reflete a culpabilidade do agente pela prática de determinada conduta criminosa, ou seja, dentro da moldura legal, certamente pode haver a possibilidade de se trabalhar aspectos utilitários de prevenção especial e geral, é o que a doutrina denomina teoria do espaço do jogo ou da margem de liberdade, teoria essa que encontra eco na jurisprudência alemã e também predomina na doutrina após a edição do art. §46 do StGB. Segundo a teoria do espaço do jogo, o juiz tem margem de liberdade para trabalhar aspectos de prevenção no patamar mínimo, quando a pena já se encontra adequada à culpabilidade, até um patamar máximo, quando a pena ainda se encontra adequada à culpabilidade.¹⁶²

É bem verdade, todavia, que eventualmente as finalidades da pena no caso concreto podem apresentar antinomias, como, por exemplo, um sujeito que não

funciones del derecho penal. Buenos Aires: B de F Ltda, 2007, p. 234. O autor Espanhol ainda ressalta sobre os desacertos das teorias da união: “Ello acarrea sérios peligros político-criminales, ya que se puede acudir a diversos principios o fines para buscar siempre la sanción más gravosa em función del caso concreto (retribución, necesidades intimidatorias o peligrosidad del delincuente) Op. Cit. p. 234.

¹⁶¹ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Aplicação da Pena**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 285.

¹⁶² HERNANDEZ, Martín Besio. **Los critérios legales y judiciales de individualización de la pena**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 138.

careça em tese de ressocialização que venha a praticar um ato grave, de vultosa reprovabilidade. Nesse caso, a resposta estatal poderia conduzir a uma pena mais elevada do que necessário à prevenção especial ou então mais branda às necessidades de prevenção geral.

Porém eventuais antinomias entre as finalidades da pena não se apresentam irresolutas, desde que se estabeleçam limites ao juiz, no sentido de não exceder em demasia a punição sem que haja efetiva necessidade de prevenção especial e, em contrapartida, de também não a aplique muito aquém das exigências mínimas de prevenção geral, nos moldes explicados no item 5.3.3 desta dissertação mais adiante.

Em outras palavras, nem sempre as finalidades da pena se apresentam antinômicas no caso concreto, mas na hipótese de aparente colisão entre as necessidades de prevenção especial, geral e retribuição, compete ao juiz solucionar o conflito não excedendo em demasia a pena para apenas atender às exigências de determinada finalidade unilateralmente. Da mesma forma que não compete a ele aplicar a pena aquém das exigências mínimas de prevenção geral. A dosimetria, pois, deve ser equilibrada e limitada entre a soma de finalidades, repise-se.

Ainda sobre a evidente possibilidade de conciliação entre retribuição e prevenção, manifesta-se Sebastián Soler sobre a concepção defendida pelo principal expoente da teoria mista, o professor Adolf Merkel:

“Não há antítese verdadeira entre retribuição e prevenção. Em toda retribuição existe uma tendência preventiva. A oposição entre as doutrinas absolutas(*punitur quia peccatum est*) e as relativas (*ne peccetur*) é igualmente falsa. A pena tem com o delito uma conexão causal; mas a circunstância de se ter que voltar para encontrar a base de um acontecimento passado não exclui que olhemos para o futuro quando se busca um fim”¹⁶³.

Outro contraponto às críticas à teoria da união, é o fato de que não se afigura impossível aglutinar de maneira perfeitamente conciliável as finalidades da pena, sem que isso acarrete potencialização de aspectos negativos de qualquer uma das vertentes apontadas. Para tanto, mais uma vez, basta que se estabeleça limites quantitativos suficientemente adequados a atentar para os aspectos retributivos e preventivos¹⁶⁴, dentro do espaço das penas mínimas e máximas.

A previsão de uma pena mínima, por exemplo, por si só garante a observância do caráter repressivo da pena e ao mesmo tempo garante as exigências mínimas de prevenção geral. Por outro lado, no âmbito das margens penais, o juiz também deve sopesar aspectos particulares do autor que sirvam aos propósitos de

¹⁶³ SOLER, Sebastián. **Derecho Penal Argentino**. Tomo II. Buenos Aires: TEA, 1992, p. 392 trad. Livre.

¹⁶⁴ Segundo o professor René Ariel Dotti, um dos coautores do anteprojeto de reforma da parte geral do CPB (Lei. 7.209/84), “a sanção penal é uma “amarga necessidade” e deve ser suficiente, isto é, apta para realizar os objetivos de reprovação e prevenção do crime” DOTTI, René Ariel. **Reforma penal brasileira**. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 418.

prevenção especial, positiva ou negativa, porém tudo isso dentro de um certo limite, conforme mais adiante será explicado.

Em arremate, como dito, aprioristicamente não se pode dizer que há uma finalidade da pena específica predominante. A retribuição como consequência da culpabilidade sempre aparecerá em maior ou menor escala mas sempre estará presente¹⁶⁵. Da mesma forma que toda pena tem o potencial de comunicar à sociedade a vigência da norma e pode servir de reforço à intimidação à não delinquência. A pena também pode ser trabalhada individualmente para fins de regeneração do apenado e, quando não possível, pelo menos servirá para neutralizá-lo temporariamente. Além disso, a junção das finalidades da pena quando bem trabalhadas não acarreta potencialização de efeitos nocivos.

4.2 Da ausência de hierarquia entre as circunstâncias judiciais no Código Penal brasileiro: a dosimetria equilibrada entre os pilares finalísticos orientadores

O chamado triângulo mágico batizado por Heinz Zipf, o qual é constituído pelo equilíbrio ótimo entre retribuição da culpabilidade, prevenção individual e prevenção geral, orienta o magistrado no procedimento de mensuração da pena¹⁶⁶.

Esse tripé da determinação da pena deve, portanto, refletir numa sanção proporcional, mas também útil, mormente porque o castigo sem utilidade seria algo imprestável para o sujeito condenado e também à sociedade. Da mesma forma, uma pena meramente aplicada por utilidade do Estado seria tão somente uma violência contra a dignidade da pessoa humana. Logo, uma pena retributiva sem utilidade não seria justa, assim como uma pena útil sem um ato injusto, muito menos seria legítima.¹⁶⁷

Dentro dessa lógica, não cabe ao juiz de maneira aleatória eleger uma finalidade específica e preocupar-se somente com ela, olvidando-se das demais finalidades de maneira apriorística. Diz-se aprioristicamente, porque antes de o

¹⁶⁵ Segundo Cuello Calón, a pena é sempre retribuição, mesmo que venha a produzir efeitos preventivos que distancie os membros da coletividade à delinquência por intermédio da intimidação, ou venha a ressocializar o apenado. Em que pese se logre tais resultados benéficos com a aplicação da pena, esta sempre conservará seu sentido retributivo e sua essência de castigo. CUELLO CALÓN, Eugenio. **La moderna penología**: Represión del delito y tratamiento de los delincuentes, penas y medidas. Su ejecución. Barcelona: Bosch, 1974, p. 17.

¹⁶⁶ Nas palavras do professor Alemão: “todo proceso de medición de la pena se halla en el «triángulo mágico» de la culpabilidad, la prevención general y la prevención especial. A tal respecto se trata de un equilibrio entre los intereses penales estatales y la protección individual del ciudadano que ha incidido en delincuencia. (...) En el equilibrio óptimo de estos tres principios antinómicos de la culpabilidad, de la prevención general y de la prevención individual consiste, tanto con relación al orden de prelación abstracto como a la aplicación concreta en el caso particular, la función de la determinación de las consecuencias del delito, respecto a lo cual se trata, en último término, de la justa medida entre igualdad e individualización en el hecho de medición de la pena.” ZIPF, Heinz, **Introducción a la política criminal**. Trad. Miguel Izquierdo Macías-Picavea. Madrid: Edersa, 1979, p. 141.

¹⁶⁷ ZIPF, Heinz. **Principios fundamentales de la determinación de la pena**. In: Cuadernos de política criminal. 17 ed. Madrid: Edersa, 1982, p. 353.

magistrado se debruçar no exame das oitos circunstâncias judiciais prescritas no caput do art. 59 do CPB, não se constata que fim da pena assumirá preponderância no caso concreto. Em outras palavras, o juiz apenas haveria de verificar se determinado réu merece punição mais ou menos severa para fins de prevenção especial ou geral ou mesmo de reprovação proporcional, somente depois de analisar todas as circunstâncias judiciais, uma por uma.

Dessa forma, não necessariamente um réu dotado de maus antecedentes, personalidade tida como afeita ao crime e com desfavorável conduta social, terá uma pena mais elevada do que um réu primário e de boa reputação, desde que o fato praticado por aquele não ostente maior culpabilidade do que o comum, bem como poucas consequências, circunstâncias normais e ainda conte com o contributo da vítima como agente criminoso, ou seja, se o resultado da análise das oitos circunstâncias judiciais não seja desfavorável ao réu portador de maus antecedentes.

Pensar diferente, ou seja, considerar de plano que a pena de um réu dotado de maus antecedentes, antes mesmo de se verificar todo o conjunto de circunstâncias judiciais, sejam elas relacionadas não só ao agente, mas também ao fato, será só por isso maior do que a de um réu primário, significa dar, antecipadamente, clara preponderância à finalidade de prevenção especial em detrimento da retribuição e da prevenção geral.

É perfeitamente possível, portanto, que a pena de um réu primário seja fixada em patamar superior à de um réu reincidente, desde que o fato cometido pelo primário seja mais censurável, para fins de se atender às exigências mínimas de prevenção geral, bem como de retribuição justa. Contudo, convém esclarecer que, obviamente, se um réu primário comete determinado fato com censurabilidade equivalente à de um réu portador de maus antecedentes, a pena deste será um tanto mais severa e, assim será, para fins de se atender com ênfase mais acentuada aos postulados de prevenção especial¹⁶⁸.

Voltando ao exemplo dado acima, ao dosar a pena de um homicídio, o juiz verificará se aquele determinado réu merecerá pena mais ou menos tênue, se este, conquanto portador de maus antecedentes, o fato praticado não tiver sido dotado de maior censurabilidade que o comum; ou mais severa, se determinado réu, embora primário, tiver praticado fato detentor de maior censurabilidade, ou seja, um fato de maior culpabilidade a ser retribuída e prevenida de forma geral. Vê-se que na primeira hipótese, do réu portador de maus antecedentes, a finalidade da pena que assumirá maior preponderância certamente será prevenção especial; ao passo que no segundo caso, a do réu primário que praticou grave crime, a finalidade que assumirá

¹⁶⁸ Sobre os postulados de prevenção especial como defesa social e ressocialização: “A la prevención especial pertenecen también, lo que a menudo se olvida, la protección de la sociedad frente al delincuente peligroso (§ 2, párrafo 2.º StVollzG).” (JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de derecho penal** (Parte general), Volumen segundo, trad. S. Mir Puig, F. Muñoz Conde, Bosch: Barcelona, 1981, p. 1195). “En cuanto a la prevención especial, la compensación de la deficiente fuerza moral requiere el auxilio del Estado, respecto a lo cual puede formar parte de una reinserción social satisfactoria una considerable utilización temporal del auto”. (ZIPF, Heinz. **Principios fundamentales de la determinación de la pena**. In: Cuadernos de política criminal. 17 ed. Madrid: Edersa, 1982, p. 141.)

preponderância no caso concreto certamente será tanto a retribuição justa, como a exigência mínima de prevenção geral. Contudo, antes de dosar a pena de ambos os homicídios, não se podia dizer que alguma finalidade pudesse ter preponderância.¹⁶⁹

Não é possível dizer de antemão que as circunstâncias judiciais atreladas à personalidade do autor deverão sempre ter mais peso que àquelas relacionadas ao fato e vice-versa.

Sobre eventual preponderância de circunstâncias judiciais frente às outras, o CPB silencia a respeito e colocam todas sob a mesma hierarquia, na medida em que se limita a elencá-las e em seguida mandar observância aos princípios de necessidade e suficiência da pena, conforme as finalidades de reprovação e prevenção de crimes¹⁷⁰.

Ressalte-se que, quando a lei entende por dar preponderância a determinada circunstância, assim o faz, tal como no art. 42 da Lei 11.343/06¹⁷¹. Também assim o fez, por exemplo, na escolha das circunstâncias preponderantes na hipótese de concurso de agravantes e atenuantes no art. 67 do CPB¹⁷².

Cumprido esclarecer que não se deve utilizar do que dispõe o aludido art. 67 do CPB para já na fixação da pena-base, isto é, em etapa anterior no sistema trifásico¹⁷³, atribuir maior valor aos motivos do crime e personalidade do agente, por exemplo. Não se afigura possível utilizar da regra prevista no art. 67 do CPB quando da análise das circunstâncias judiciais, porque, como a própria denominação já diz, estas se prestam a fixar uma pena que servirá de ponto de partida para as demais operações, até a fixação da pena definitiva, sendo certo que uma aplicação analógica do referido dispositivo legal inevitavelmente poderia acarretar o rechaçado *bis in idem* com eventual agravante reconhecida na segunda fase da aplicação da pena.

Além disso, dar abstratamente preponderância a determinada circunstância pelo simples fato de ser subjetiva, ou seja, ligada ao agente em si e não ao fato, por exemplo, inexoravelmente privilegiaria uma finalidade da pena em detrimento das outras, no caso a prevenção especial, em frontal desobediência aos imperativos da teoria unificadora prevista no corpo do CPB, que ao encerrar as diretrizes para fixação da pena-base, estabeleceu claro equilíbrio entre todas as finalidades da pena.

¹⁶⁹ Apenas é possível definir a pena após análise criteriosa do caso concreto. Antes disso, a pena é meramente abstrata e não passível de prognose adequada. Sobre a materialização da pena no caso concreto, manifesta-se Jescheck: “En la determinación judicial de la pena, la conminación penal contenida en la ley se materializa en un caso concreto. Por ello, es el punto decisivo en el que pueden considerarse en su conjunto las peculiaridades del delito y de su autor” (JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de derecho pénal** (Parte general), Volumen segundo, trad. S. Mir Puig, F. Muñoz Conde, Bosch: Barcelona, 1981, p. 1190)

¹⁷⁰ Art. 59 do CPB: “O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime”

¹⁷¹ Art. 42 da Lei 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.”

¹⁷² Art. 67 do CPB: “No concurso de agravantes e atenuantes, a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes, entendendo-se como tais as que resultam dos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da reincidência”.

¹⁷³ Art. 68 do CPB: “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.”

É bem de ver que a exegese do art. 59, *in fine*, do CPB não deixa dúvidas no sentido de que o juiz deve aplicar a pena necessária e suficiente para reprovação e prevenção de crimes. Outra solução teríamos se o legislador asseverasse que o juiz deveria aplicar a pena necessária e suficiente para reprovação **ou** prevenção de crimes. A conjunção “e” não permite maiores questionamentos dada a obviedade, conforme mencionado no item anterior.

Ainda sobre o art. 67 do CPB, tem-se que um dos motivos de o mencionado dispositivo haver estabelecido circunstâncias preponderantes na hipótese de concorrência entre agravantes e atenuantes é de fácil assimilação: explica-se porque o legislador determinou que uma vez presentes atenuantes ou agravantes o juiz **sempre** agravará a pena, quando não constituem ou qualifiquem o crime, ou **sempre** atenuam a pena. Ora, se por

um lado o legislador previu que determinada circunstância **sempre** agrava ou atenua a pena, mas havendo concorrência de hipóteses entre agravar e atenuar, deve a própria lei escolher um critério para dirimir a antinomia.

Porém, no caso das circunstâncias judiciais não há determinação de qual circunstância **sempre** agravará ou atenuará a pena, mas sim de que o juiz construirá a pena-base com fundamento nos dados coletados gerais, isto é, nas balizas do art. 59 do CPB.

Dentro de tal raciocínio, tem-se que cumpre ao juiz adotar mecanismos viáveis para realizar uma dosimetria da pena de maneira ponderada.

A adoção do art. 67 do CPB ou de qualquer outro critério para eleição das circunstâncias judiciais preponderantes antes mesmo da fixação da pena-base traria como consequência a abertura ao puro e incensurável arbítrio judicial, na medida que ficaria a cargo do juiz a decisão do juiz elevar em demasia a pena ou fixá-la muito abaixo do esperado com base em argumentos de autoridade e com base em finalidades que ele reputasse como osmais relevantes em detrimento dos demais fins que a aplicação da pena deve perseguir.

4.3 Distorções na dosimetria da pena presentes na legislação vigente no tocante à medida da pena-base e a premente necessidade de delimitação da discricionariedade judicial no aspecto quantitativo

A observância da legalidade por si só não é o bastante para garantir que a individualização judicial da pena esteja a salvo de críticas e questionamentos, até mesmo porque, como já dito, além de não dizer enfaticamente a finalidade da pena preponderante a orientar o magistrado sentenciante, o legislador não cuidou de fixar fração nem máxima nem mínima de elevação da pena-base por cada circunstância judicial valorada pelo juiz como desfavorável ao réu, diferentemente do que fez em

relação às causas de aumento e de diminuição de pena, em que se estabelece frações definidas pela lei de elevação e redução.

Nesse contexto, comum se observar condenações deveras severas ou extremamente indulgentes em casos absolutamente similares, tudo a depender do arbítrio do juiz, o que ocasiona flagrantes disparidades, inclusive em evidente ofensa ao princípio da proporcionalidade, o qual prega o dever de estrita observância e correlação entre a sanção e a culpabilidade (entendida aqui como o juízo reprovabilidade do fato do autor). Ademais, a falta de critérios mais rígidos para a fixação da pena-base no tocante ao quantum de elevação por cada circunstância desfavorável, gera grande dificuldade de impugnação pelas partes e, diante dessa lacuna, convém interpretar a lei de acordo com a pretensão de correção, trazendo como consequência a racionalização do juízo discricionário atribuído ao magistrado sentenciante.

De acordo com a norma posta no ordenamento jurídico brasileiro no tocante à dosimetria da pena, a margem de discricionariedade conferida ao juiz não se presta a efetivar as suas finalidades de retribuição, prevenção geral e de prevenção especial, sem descambar para uma situação de verdadeira arbitrariedade, travestida, todavia, de uma pseudo discricionariedade regrada.

A afirmação mencionada acima pode ser facilmente confirmada após uma singela pesquisa empírica, tendo em vista que os significativos intervalos entre o patamar mínimo e máximo de pena cominada aos tipos penais acabam por conferir em demasia uma ampla margem de liberdade ao juiz, de maneira a representar, em última análise, ofensa à individualização da pena (art. 5º, XLVI, da CR/88) e frustração do rechaço à arbitrariedade judicial inerente ao Estado Democrático de Direito.

Um exemplo muito claro que pode ser citado é o crime de homicídio qualificado, cujo intervalo entre a pena mínima e máxima é de 18(dezoito) anos. Assim, tem o magistrado sentenciante o poder de aplicar uma pena muito próxima ao mínimo legal ou muito próxima

ao máximo, o que significa uma diferença de mais de 15 (quinze) anos, sem que esteja descumprindo a lei, ou seja, o art. 59, II, do Código Penal Brasileiro¹⁷⁴.

Embora de acordo com a lei, as sentenças são consideradas defeituosas segundo a perspectiva de pretensão de correção defendida pelo pós-positivista Robert Alexy em sua teoria da argumentação jurídica, a qual reaproxima o direito da moral e justiça.¹⁷⁵

É bem verdade que a história do direito penal vem a demonstrar a importância de não se cominar penas herméticas, fixas, sem que se pudesse atribuir ao aplicador a possibilidade de avaliar as circunstâncias do caso concreto e da culpabilidade do agente, tal experiência aplicada a partir da derrocada do

¹⁷⁴ **Art. 59** - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: (...) II - **a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;**

¹⁷⁵ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 2. ed. São Paulo: Landy, 2008, passim.

absolutismo não deu certo e resultou em distorções, o que propiciou a necessidade de se estabelecer o sistema de margens penais, aptas a não se engessar o juiz ou a torná-lo um mero “boca inanimada da lei” da concepção montesquiana. Todavia, parece claro que apesar da boa intenção do legislador ao estipular intervalos de pena em que pode o juiz trabalhar na dosimetria, situações de perplexidade citadas acima corriqueiramente acontecem, o que demonstra que a norma-regra posta não se afigura suficiente a evitar discrepâncias manifestas. Sendo assim, urge estabelecer limites mais precisos à discricionariedade judicial já prevista na Lei.

4.3.1 Dos limites éticos-morais à discricionariedade judicial

No que diz respeito especificamente aos critérios de fixação da pena-base, como dito, não encontramos no atual estado da arte consenso, pelo que se afigura deveras relevante, diante da vagueza contida na lei, o juiz sentenciante trabalhar sob a perspectiva da pretensão de correção na argumentação jurídica, a qual decerto molda e estabelece limites ético-morais à discricionariedade judicial a fim de se evitar arbitrariedade.

Sabe-se, porém, que no tocante à discricionariedade judicial a doutrina centra discussões a respeito de sua efetiva existência ou não, bem como a respeito dos critérios de racionalidade empregados pelo juízo.

Sobre a aludida temática, Herbert Hart, em sua obra “O Conceito de Direito”, o autor partidário do positivismo jurídico sustenta que o direito normativo é chamado a responder a todas as questões jurídicas suscitadas e apenas nos casos de penumbra da norma é dado ao magistrado o poder de exercer seu juízo discricionário e criar a norma do caso concreto segundo seu senso pessoal de justiça. Hart reconhece a existência da discricionariedade judicial diante na hipótese em que o sistema jurídico não oferecer regulação prévia, ou uma resposta predeterminada, contudo estabelece que em caso de lacuna normativa, convém ao julgador fazer uso da analogia, das razões e princípios subjacentes, já reconhecidos e embasados no direito existente. Enfim, embora entenda perfeitamente possível ao juiz criar o direito, diante de sua textura aberta, o exercício da discricionariedade encontra limites emanados do próprio direito.¹⁷⁶

Portanto, trazendo as considerações de Herbert Hart para o cerne do presente trabalho, verifica-se que caberia ao juiz trabalhar com muita tranquilidade a dosimetria da pena, conforme a norma posta que confere ampla margem de liberdade para o juiz trafegar entre o máximo e mínimo da pena, pois compete a ele criar o direito naquele caso concreto, inclusive no tocante às frações de distanciamento ou proximidade da pena mínima na fixação da pena-base ou por ocasião da fixação da pena intermediária na segunda fase da dosimetria da pena.

¹⁷⁶ HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**, 3. ed. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 1994, p. 335-339.

Por outro lado, Ronald Dworkin se apresenta manifestamente avesso à discricionariedade judicial nos moldes sustentados por Hart, ao defender que nos casos de lacuna da lei os juízes não criariam o direito, porquanto estariam na realidade atrelados ao que emana dos princípios. Sustenta que os princípios também seriam normas, porém não positivadas, razão pela qual a solução dos casos difíceis seriam extraídas do próprio direito, cuja resposta seria a única correta, cabendo ao juiz tão somente o papel de reconstrução racional da ordem jurídica vigente dentre os princípios fundamentais que lhe dariam sentido, não seria propriamente um ato meramente de vontade do julgador que pudesse resvalar para o arbítrio, pois os juízes trabalham circunscritos ao âmbito da integridade do direito.¹⁷⁷

Embora também adepto do pós-positivismo, Robert Alexy diverge de Dworkin no tocante à discricionariedade judicial, pois entende que ela é inexorável, razão pela qual aposta na chamada “pretensão de correção” a ser perseguida pelo juiz nos casos em que se evidencia a textura aberta do direito, concepção que reputamos mais adequada a solucionar a problemática da fixação da pena-base.

Pois bem, segundo Alexy, o direito possui duas dimensões, a saber: primeira, a dimensão real, que é o direito institucionalizado, autoritativo, ou seja, o direito positivado; já a segunda dimensão do direito seria a ideal, calcada nos valores morais. A pretensão de correção reside justamente na dimensão ideal do direito. De acordo com o autor, o direito deve sempre levantar uma pretensão de correção para alcançar legitimidade e aceitação, tal como pregado na fórmula de Radbruch no sentido de que a “a injustiça extrema não é direito”, mesmo que emanado das normas postas.¹⁷⁸ A respeito da temática da aproximação do direito com a moral, Chain Perelman defende a ideia de que na era do pós-positivismo é confiado ao juiz o papel de complementador racional da legislação, cabendo a ele a função de buscar soluções equitativas e razoáveis e assim o faz recorrendo a técnicas argumentativas de confrontação entre os meios de prova com os valores de determinada comunidade para fins de motivação das decisões, decisões essas proferidas a salvo de arbitrariedade e dotadas de aceitação pelo auditório.¹⁷⁹

No tocante à teoria de argumentação jurídica de Alexy, Teodomiro Noronha Cardozo sintetiza bem o que persegue o jusfilósofo germânico ao exigir nos discursos jurídicos a ideia de correção, ao esclarecer que “o método de Alexy apela para uma ordem objetiva de valores, visando à exclusão da arbitrariedade do subjetivismo de quem decide”.¹⁸⁰

Na publicação intitulada “Teoria Discursiva do Direito”, Robert Alexy explica que a necessidade de pretensão de correção não se encontra somente na

¹⁷⁷ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 317

¹⁷⁸ ALEXY, Robert. Organização, tradução e estudo introdutório Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno.

Teoria Discursiva do Direito, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015, p.301-313

¹⁷⁹ PERELMAN, Chain. **Lógica Jurídica: nova retórica**, traduzido por Virgínia K. Pupi., São Paulo: Martins Fontes, 2000, p.195-196

¹⁸⁰ CARDOZO, Teodomiro Noronha. **Teoria da argumentação jurídica: exigência de correção nos discursos jurídico e prático geral**. Revista da Esmape, volume 9, nº 20, 2004, p.42.

produção das normas abstratas, mas também na confecção de decisões jurídicas e exemplifica, inclusive tachando de absurda a decisão em que um acusado é condenado à pena de prisão perpétua, malgrado emanada da lei, em razão justamente da interpretação incorreta do direito existente e, mais adiante, pontua o seguinte:

[...]A decisão a ser tomada em uma tal esfera “aberta” é a decisão de uma questão normativa que não pode se basear em padrões do direito positivo, pois, caso ela pudesse se basear em tais padrões, ela não seria uma decisão em uma esfera “aberta”. Se ela deve se basear em um padrão qualquer, ou seja, se ela não deve ser uma decisão arbitrária, o que contradiria a pretensão de correção, ela deve se basear em outros padrões normativos. Decisões jurídicas frequentemente dizem respeito a questões de distribuição e compensação. Questões que versam sobre a distribuição e a compensação corretas são questões de justiça, pois a justiça não é nada mais que correção na distribuição e na compensação. Questões de justiça são contudo questões morais. Nesse sentido, a textura aberta do direito, considerada em conjunto com a natureza das questões jurídicas, implica que a pretensão de correção levantada na produção de decisões jurídicas necessariamente se refere não só à dimensão real ou factual, mas também à dimensão ideal ou crítica.¹⁸¹

Logo, na concepção alexyana, adota-se o entendimento de que o positivismo por si só não cumpre as finalidades do direito, sendo certo que na atualidade o direito segue a tendência da reconciliação entre as suas dimensões reais e ideais, mormente após as atrocidades cometidas pelo nazismo em que ficou evidente a inconveniência em se trabalhar tão somente com a perspectiva da moldura de Kelsen,¹⁸² sem objetar se dentro daquela moldura da lei o conteúdo seria imoral e/ou injusto.

No âmbito da dosimetria da pena, a forma mais acertada de trabalhar-se os espaços de discricionariedade e de lacuna legal, de maneira a propiciar um resultado finalisticamente ideal e adequado, é sem dúvida a orientação ancorada no princípio da proporcionalidade. Uma condenação à pena desproporcional, como já frisado, é manifestamente defeituosa, mesmo que aplicada dentro da moldura legal.

¹⁸¹ ALEXY, Robert. Organização, tradução e estudo introdutório Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. **Teoria Discursiva do Direito**, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015, p. 306-307.

¹⁸² KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p.390-391.

4.3.2 A redução do decisionismo político-criminal na dosimetria da pena pelo emprego da dupla face do princípio da proporcionalidade: da vedação de excesso à vedação de proteção deficiente de bens jurídicos

Vimos que apesar de o legislador haver estabelecido parâmetros legais para fixação da pena-base consistentes em oito vetores denominados circunstâncias judiciais para que o magistrado pudesse analisá-los em conjunto, pecou ao não estabelecer fração máxima nem mínima de elevação da pena-base. Percebe-se, portanto, que tal formação de determinação judicial da pena não foi o bastante para efetivamente garantir penas justas e sindicáveis, principalmente em tipos penais em que o intervalo entre a pena mínima e máxima é muito significativo.

Diante desse quadro, a fim de solucionar a situação jurídica exemplificada acima, na qual dois crimes de homicídio qualificado dotados de culpabilidade semelhante, tiveram fixadas penas tão díspares, necessário se apresenta a colmatação da lacuna legislativa com o princípio da proporcionalidade.

Como é sabido, o cumprimento das finalidades da pena e da própria missão do direito penal se encontra atrelado à concretização na sentença judicial de uma sanção proporcional. Luigi Ferrajoli ao analisar o princípio da proporcionalidade, faz uma digressão à antiguidade e sustenta que a preocupação com o cálculo das penas remonta ao iluminismo, especificamente na obra de Beccaria,¹⁸³ cujas ideias foram incorporadas paulatinamente nas codificações subsequentes.¹⁸⁴

No âmbito do direito nacional, o princípio da proporcionalidade começou a ter guarida no Código do Império de 1830, embora com feições tímidas, haja vista que o juiz trabalhava atrelado ao que estava predeterminado na lei em apenas três graus, mínimo médio e máximo. Depois, cuidou-se de estabelecer subgraus entre mínimo, médio e o máximo, no Código Penal da República de 1890¹⁸⁵.

Na atualidade, tem se entendido que o princípio da proporcionalidade possui duas faces, não apenas a atinente à proibição de excesso, mas também a que diz respeito à proibição de proteção deficiente de bens jurídicos, inclusive ambas as dimensões do aludido princípio vêm sendo trabalhadas pela doutrina, e também vêm sendo aceitas e aplicadas pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

¹⁸³ BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das penas**. 2.ed. São Paulo: Edipro, 2015, p.52-55.

¹⁸⁴ “Embora se remonte à Antiguidade, o princípio de proporcionalidade da pena somente consegue se impo na época do Iluminismo, quando amadurecem os demais pressupostos do direito penal moderno: a legalidade, a certeza, a igualdade e, sobretudo, a mensurabilidade e a preocupação com o cálculo das penas. “Se a geometria fosse adaptável às infinitas e obscuras combinações de ações humanas”, pensava Beccaria, “deveria haver uma escala correspondente de penas em que se graduassem da mais dura à menos dura”. (...) Não é por acaso que o princípio chegara a afirmar-se primeiro no Código Leopoldino de 1786 e, depois, no Napoleônico de 1810 e em todos os sucessivos códigos do século XIX simultaneamente ao progressivo declive das penas corporais e à introdução das penas privativas de liberdade como penas principais.” FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Trad. Ana Paula Zomer Sica; Fauzi Hassan Choukr; Juarez Tavares; Luiz Flávio Gomes. 3ª ed. São Paulo: RT, 2010, p. 32

¹⁸⁵ BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 170-171.

Luciano Feldens sintetiza bem a dupla face do princípio da proporcionalidade, o que, na esfera penal significa uma proteção de excesso punitivo, mas também a proibição de infraproteção:

“a) Por um lado, a tutela não deveria intervir “excessivamente” nos direitos fundamentais do indivíduo afetado; um tal controle é passível de realização pela via do princípio da proporcionalidade enquanto proibição de excesso (Ubermassverbot);

b) Por outro, não deveria ficar “aquém do mínimo” ordenado pela Constituição; entra em questão, no particular, o princípio da proporcionalidade enquanto proibição de proteção deficiente (Untermassverbot).”¹⁸⁶

Na mesma obra, o autor cita diretamente o voto condutor do Ministro Gilmar Mendes no julgamento RE 418.376 (DJ 23/03/2007):

“Quanto à proibição de proteção insuficiente, a doutrina vem apontando para uma espécie de garantismo positivo, ao contrário do garantismo negativo (que se consubstancia na proteção contra os excessos do Estado) já consagrado pelo princípio da proporcionalidade. A proibição da proteção insuficiente adquire importância na aplicação dos direitos fundamentais de proteção, que se consubstancia naqueles casos em que o Estado não pode abrir mão da proteção do direito penal para garantir a proteção de um direito fundamental.”¹⁸⁷

Dentro dessa perspectiva, propõe-se uma racionalização do juízo discricional do magistrado sentenciante, de maneira a seguir-se as diretrizes da proporcionalidade pela vedação de excesso, mas também pela vedação à pena insuficiente, até mesmo porque, para o atingimento das finalidades da pena na sentença, as quais são diretamente relacionadas aos ideais de retribuição (resposta) e prevenção especial negativa e positiva e consequentemente também aos ideais de prevenção geral (simbologia), há de se adotar uma perfeita conformação entre o fato criminoso, as peculiaridades do autor do fato criminoso e a respectiva sanção aplicada. Além disso, reputa-se relevante a delimitação da discricionariedade judicial, haja vista que, apesar dos critérios legais de determinação da pena privativa de liberdade, remanesce uma superdose de poder ao julgador, tanto no aspecto valorativo, quanto no aspecto quantitativo. Deve-se ater aos postulados de proporcionalidade para bem dosar a pena.

Em outras palavras, o juiz ainda dispõe de grande liberdade na escolha da finalidade da pena a se guiar, bem como no tocante à quantidade de pena aplicada em cada caso, o que se caracteriza o que se conhece como decisionismo, pois a

¹⁸⁶ FELDENS, Luciano. **Direitos fundamentais e direito penal**. Porto Alegre: Livraria. do Advogado, 2008, p. 94

¹⁸⁷ Ibidem, p.96.

depende do humor do juiz, a pena pode ser fixada tanto elevada quanto mínima, sem exigência de uniformidade, inclusive.¹⁸⁸

4.3.3. A pretensão de correção aplicada na dosimetria da pena: o preenchimento da lacuna legal pelo método racional de fixação de quantum mínimo e máximo para cada circunstância judicial valorada como desfavorável pelo juiz

Para se lograr um exato equilíbrio entre os pilares estabelecidos legalmente para a fixação da pena de retribuição e prevenção, faz-se mister estabelecer limitação máxima e mínima de elevação da reprimenda por cada circunstância judicial desfavorável, a fim de se chegar a uma pena justa, adequada e suficiente ao atingimento de seus desideratos, pelo que reputa-se como adequado elevar-se a reprimenda em no máximo 1/8 (um oitavo)¹⁸⁹ e no mínimo 1/16 (um dezesseis avos) por cada circunstância judicial desfavorável.

Como visto, malgrado a lei não preveja as sugeridas frações de mensuração por cada circunstância judicial valorada como desfavorável ao réu, partindo-se do mínimo legal, é possível preencher o vácuo legal, a fim de se chegar a penas proporcionais, suficientes e adequadas ao caso concreto, pela utilização de interpretação principiológica apta a delimitar ainda mais a discricionariedade judicial.

Voltemos ao exemplo prático acima dado para se ilustrar o que se argumentou alhures. Imaginemos que determinado réu praticou um grave crime, mas não possui maus antecedentes. Obviamente a conduta deve ser punida de acordo com a culpabilidade (retribuição), porém não há necessidade maior de prevenção especial negativa (inocuidade)¹⁸⁸, já que o réu não possui retrospecto criminal a justificar uma punição mais gravosa. Logo, até um oitavo a mais na pena a mais pela culpabilidade desfavorável, por exemplo, seria o bastante para atender na justa medida aos imperativos de necessidade (prevenção geral) e suficiência da pena, dentro da perspectiva de suas finalidades de reprovação e prevenção no caso concreto.

¹⁸⁸ A respeito do incômodo gerado pela grande parcela de arbítrio conferido ao juiz na determinação da pena, SCHÜNEMANN: “El que conoce la práctica judicial sabe del alto grado de casualidad y arbitrariedad de la medición real de la pena, sobre la cual la individualidad del juez continúa ejerciendo, con mucho, una influencia mayor que la de la doctrina actual de la medición de la pena y la del control de revisión por el Tribunal Supremo Federal” SCHÜNEMANN, Bernd. **El sistema moderno del Derecho penal**: cuestiones fundamentales. Madrid: Tecnos, 1991, p. 177.

¹⁸⁹ Ressalte-se que já predomina na jurisprudência a interpretação no sentido de se acrescentar um oitavo por cada circunstância judicial desfavorável, partindo da pena mínima (vide STJ. HC 345.398/DF, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado 02/06/2016, DJ 10/06/2016; TJDFT, APR 0021925-23.2013.8.07.003, Rel. Des. Silva Lemos, Julgado em 01/10/2014, 1ª Turma Criminal; TJPR- 1º C. Criminal- AC- 12770674-6- Telêmaco Borba- Rel.: Antonio Loyola Vieira- Unânime - -J. 08.10.2015; TJ-MA-APL: 0000594- 22.2013.8.10.0093, Relator: JOÃO SANTA SOUSA, Data de Julgamento: 15/12/2015, PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL, Data da Publicação: 21/12/2015); TJRJ- APC 0206264-61.2011.8.19.0001, Relator: DES. DENISE VACCARI MACHADO PAES, j. 10/07/2012, PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL).

Aplicando a teoria à prática, podemos imaginar um crime de roubo, infração penal que comina pena mínima de 4 (quatro) anos e máxima de 10 (dez) anos, em que foram consideradas pelo juiz desfavoráveis quatro circunstâncias judiciais, por exemplo, culpabilidade, antecedentes, personalidade do agente e consequências. Cada circunstância desfavorável corresponde ao acréscimo de nove meses a mais partindo da pena mínima de quatro anos, o que resulta numa pena-base fixada em 7 (sete) anos. Para fins de facilitar a compreensão do ora alegado, pode ser visualizado o quadro ilustrativo n. 1, constante dos apêndices desta dissertação.

Porém, em alguns casos, uma mesma circunstância judicial pode conter aspectos sopesados positivamente e negativamente. De acordo com Inácio de Carvalho Neto¹⁹⁰:

“Mas há ainda outras situações a analisar: é possível que a circunstância analisada não seja absolutamente favorável, mas não seja também absolutamente desfavorável ao réu; pode ela se encontrar em situações intermediárias.”

Portanto, podemos imaginar a hipótese de uma circunstância haver sido valorada negativa e positivamente, dando-se como exemplo, as consequências do crime de roubo, em que hipoteticamente a vítima recuperou apenas parte da res furtiva e não veio a sofrer ofensas físicas. Percebe-se que as consequências do roubo, não foram de todo ruins, embora tenha a vítima amargado certo prejuízo patrimonial.

Nessa situação, portanto, o critério mais adequado para fixação da pena-base, é aplicar como quantum de elevação a fração de $\frac{1}{6}$ (um dezesseis avos) pela referida circunstância judicial não completamente desfavorável, o que significa matematicamente a metade de $\frac{1}{8}$ (um oitavo). Para fins de facilitar a compreensão do ora alegado, pode ser visualizado o quadro ilustrativo n. 2, constante dos apêndices desta dissertação.

Observa-se, portanto, que cabe ao magistrado não passar da alçada de $\frac{1}{8}$ (um oitavo) por cada circunstância judicial desfavorável. Dessa forma, estar-se-á a garantir a otimização do equilíbrio entre as finalidades da pena em cada caso concreto, a todas contemplando em certa medida. Além disso, na hipótese de alguma circunstância seja considerada não completamente desfavorável, o que pode acontecer eventualmente, o acréscimo na pena base-base por aquela determinada circunstância judicial não deve ser inferior a $\frac{1}{16}$ (um dezesseis avos).

Antes que se diga que a adoção do entendimento ora apresentado não respeita à escorreita individualização da pena, em razão do uso da aritmética, cabe observar que é justamente o contrário do que se argumenta, pois ao inibir o magistrado a escolha da fração de elevação que bem entender, tem-se a garantia do

¹⁹⁰ CARVALHO NETO, Inacio de. **Aplicação da pena**. 4. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2013, p. 116.

respeito, não apenas às finalidades da pena de maneira equilibrada, mas também atribui-se plena transparência à operação de fixação da pena-base, o que permite inclusive melhor sindicabilidade da decisão pela via recursal.

Segundo lição de Shecaira e Corrêa Júnior¹⁹¹:

“É de mister que o julgador deixe dito como e por que chegou à fixação ou dosagem das penas que impôs na sentença; como e por que reduziu certa quantidade de pena e não outra; como e por que reduziu certa quantidade de pena e não outra; como e por que segue este caminho ou outro distinto. A sentença não é um ato de fé, mas um documento de convicção racionada e as fases do cálculo de pena devem ser muito claras para que defesa e Ministério Público tenham ciência do julgado e possam dele recorrer. O réu, especialmente ele, não tem apenas o direito de saber por que é punido, mas também o direito de saber por que lhe foi imposta esta ou aquela pena.”

Pode-se objetar também o porquê da escolha da fração de um oitavo e não de uma outra fração, como, por exemplo, de um termo médio, como propõe a doutrina de Paganella Boschi¹⁹².

O chamado “termo médio” consiste no resultado da divisão por dois da soma da pena mínima com a pena máxima cominada em abstrato ao crime. O crime de roubo, portanto, tem como termo médio 07(sete) anos de reclusão, resultado da soma de 04(quatro), pena mínima + 10 (dez), pena máxima, dividido por dois.

Segundo os partidários da aplicação do termo médio, a pena-base não pode deste ultrapassar, mesmo que militem em desfavor do sentenciado todas as oito circunstâncias judiciais.

Sintetiza Paganella Boschi da seguinte forma, o modelo que ele reputa como mais adequado à fixação da pena-base:

“a plena favorabilidade de circunstâncias indica limite mínimo de pena e sinaliza grau mínimo de reprovação; a relativa favorabilidade indica pena-base um pouco acima do mínimo legal e sinaliza grau médio de reprovação; a absoluta desfavorabilidade das circunstâncias judiciais indica pena-base junto ao termo médio e sinaliza grau máximo de reprovação.”¹⁹³

Vê-se, portanto, que, apesar da evidente preocupação de se racionalizar a fixação da pena-base, a aplicação de um termo médio como limite máximo para

¹⁹¹ SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JÚNIOR, Alceu. **Pena e constituição**. São Paulo: RT, 1995, p. 184.

¹⁹² BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 218-219

¹⁹³ Idem.

fixação da pena-base peca por reduzir em demasia o espectro de atuação do magistrado, aproximando-se do modelo de quase penas fixas, inclusive contrariando o que a própria lei autoriza no art. 59, II, do Código Penal no sentido de que pode o juiz após análise das oito circunstâncias

judiciais, fixar a pen-base entre o mínimo e o máximo cominados. Logo, é perfeitamente possível a fixação da pena-base acima do chamado “termo médio.”

A aproximação do sistema de penas fixas pode ser percebida ao se utilizar o mesmo exemplo do crime de roubo dado acima, em que foram consideradas desfavoráveis quatro circunstâncias judiciais. Como visto, pelo critério de acréscimo de um oitavo por cada circunstância desfavorável, a pena-base fixada naquele crime de roubo ficou em 7 (sete) anos. Contudo, se na mesma hipótese fosse aplicado o termo médio, cada uma das quatro circunstâncias judiciais desfavoráveis contabilizaria um acréscimo de no máximo 4 (quatro) meses e 15(quinze) dias. Logo, um roubo de gravidade mediana, isto é, com a metade das circunstâncias judiciais consideradas desfavoráveis, receberia uma minguada pena de 5 (cinco) anos e 6(seis) meses, muito próxima ao mínimo legal, o que não se figura adequada à efetiva culpabilidade observada em concreto.

Além disso, a adoção de um termo médio para teto da fixação da pena-base, vai de encontro à segunda faceta do princípio da proporcionalidade, que consiste na vedação de proteção deficiente de bens jurídicos. A aplicação de penas inadequadas à efetiva culpabilidade traz como consequência a manifesta incapacidade de cumprir seus desideratos.¹⁹⁴

Não se está a dizer que somente a aplicação de penas privativas de liberdade em alto grau possuem o condão de proteger bens jurídicos, porém, no que diz respeito ao âmbito do direito penal, ainda não se encontrou em casos de peculiar gravidade, resposta estatal mais adequada que a pena, motivo pelo qual, uma vez chamado a intervir, o direito penal deve atuar da forma que se espera, mesmo que seja uma amarga necessidade.¹⁹⁵

Em arremate, embora o legislador não tenha estipulado balizas quantitativas no âmbito das margens penais, o aplicador da norma, cômico de seu

¹⁹⁴ “Em consequência, no âmbito da jurisdição constitucional, a adoção da proibição de proteção deficiente autorizaria o afastamento, por invalidez, de normas que, por retirarem a proteção legal anteriormente conferida a um determinado direito fundamental, introduzam, nesse determinado ordenamento “posto”, uma situação de manifesta infraproteção. Infraproteção esa que poderá ser diagnosticada a partir de uma análise conglobada entre a faticidade e a normatividade. Na primeira hipótese, em face de dados empíricos não controvertidos, assim aquilatáveis a partir de um certo consenso intersubjetivo. No segundo caso, pela comparação do conjunto de sanções utilizadas pelo mesmo legislador para obter fins de proteção análogos (por exemplo, imagine-se a penalização do homicídio com sanções exclusivamente pecuniárias).” FELDENS, Luciano. **Direitos fundamentais e direito penal**. Porto Alegre: Livraria. do Advogado, 2008, p. 94.

¹⁹⁵ Segundo lição de Francisco Munõz Conde e García Arán, a pena ainda se faz necessária: “La pena se *justifica* por su necesidad como medio de represión indispensable para mantener las condiciones de vida fundamentales para la convivencia de personas en una comunidad. Sin la pena la convivencia humana en la sociedad actual sería imposible. Su justificación no es, por consiguiente, una cuestión religiosa ni filosófica, sino una amarga necesidad” Conde, Francisco Munõz; Arán, Mercedes García. **Derecho Penal**: parte general. 8. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p.47.

dever de interpretar a lei à luz da mencionada proporcionalidade, como já frisado acima, tem a faculdade-dever de valorar cada uma das oito circunstâncias judiciais em percentual não superior 1/8, porque agindo de maneira diferente, estar-se-ia a burlar os pilares orientadores da fixação da pena apresentados indubitavelmente pelo legislador, a saber, retribuição, prevenção geral e prevenção especial.

5

CAPÍTULO 5: Análise crítica da jurisprudência atualizada dos Tribunais Superiores sobre a dosimetria da pena

Como visto, a dosimetria da pena é um dos aspectos mais sensíveis e desafiadores do direito penal. A tarefa de equilibrar a individualização da pena com a necessidade de uniformidade e segurança jurídica recai sobre os magistrados, que, ao fixarem a pena-base, devem observar as circunstâncias judiciais estabelecidas no art. 59 do Código Penal. No entanto, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e do Supremo Tribunal Federal (STF) vem enfrentando desafios em estabelecer parâmetros claros e objetivos que limitem o arbítrio judicial sem prejudicar a individualização necessária à justiça de cada caso concreto.

Este capítulo dedica-se à análise crítica da forma como o STJ tem tratado a dosimetria da pena, especialmente em relação à adoção de critérios matemáticos e à flexibilização permitida na fixação da pena-base. A discussão centra-se na adequação e nos riscos dessa flexibilização para a segurança jurídica, propondo reflexões sobre a busca por maior uniformidade sem comprometer a justiça individualizada.

5.1. Critério de 1/8 por Circunstância Judicial Desfavorável

A jurisprudência do STJ tem consolidado a aceitação do critério de aumento de 1/8 por circunstância judicial desfavorável como parâmetro ideal para garantir a proporcionalidade na fixação da pena-base. Esse critério, amplamente adotado em decisões como o **AgRg no HC 773645/MS**, tem servido como um guia para a dosimetria, permitindo que o magistrado incremente a pena-base conforme a gravidade das circunstâncias identificadas:

"A jurisprudência deste Tribunal Superior é firme em garantir a discricionariedade do julgador, sem a fixação de critério aritmético, na escolha da sanção a ser estabelecida na primeira etapa da dosimetria. [...] No caso em exame, a pena-base do réu foi exasperada em 1/8 sobre o intervalo entre as penas máxima e mínima abstratamente cominadas para cada circunstância judicial desfavorável - critério que não se revela desarrazoado e, entre outros, é admitido por esta Corte Superior." (STJ - AgRg no HC 773645/MS, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, DJe 03/05/2023)

Embora o critério de 1/8 tenha sido amplamente aceito, é importante ressaltar que ele não possui força vinculativa, sendo apenas orientador. O STJ tem reiterado que, conforme o caso concreto, o juiz pode optar por uma fração diferente para o aumento da pena-base. Esse entendimento foi reforçado no julgamento do **AgRg no HC 696640/SC**, que destacou a ausência de critérios matemáticos rígidos na legislação penal:

"A legislação penal não estabeleceu nenhum critério matemático (fração) para a fixação da pena na primeira fase da dosimetria. Nessa linha, a jurisprudência desta Corte tem admitido [...] a fixação da pena-base sem a adoção de nenhum critério matemático." (STJ - AgRg no HC 696640/SC, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJe 17/12/2021)

Essa flexibilidade na dosimetria, embora importante para garantir a individualização da pena, apresenta alguns desafios, especialmente no que diz respeito à previsibilidade e à uniformidade das decisões.

5.2. Flexibilização na Fixação da Pena-Base

A flexibilidade permitida ao magistrado na fixação da pena-base, embora justificada pela necessidade de adaptar a sanção às circunstâncias específicas de cada crime, pode comprometer a segurança jurídica quando não acompanhada de critérios objetivos. O STF, em diversas ocasiões, reafirmou que a dosimetria da pena é matéria sujeita à discricionariedade judicial, sem a imposição de esquemas matemáticos rígidos, como se observa no julgamento do **HC 243470/AL**:

"A dosimetria da pena é matéria sujeita a certa discricionariedade judicial, à míngua de previsão, no Código Penal, de rígidos esquemas matemáticos ou regras absolutamente objetivas para a fixação da pena." (STF - HC: 243470/AL, Rel. Min. Flávio Dino, DJe 16/09/2024)

Esse entendimento, contudo, deve ser analisado com cautela. A falta de critérios rígidos para a fixação da pena-base permite que, em casos similares, magistrados possam adotar entendimentos divergentes, resultando em uma disparidade na aplicação da justiça penal. A ausência de um parâmetro matemático claro para o aumento ou redução da pena pode gerar decisões desproporcionais,

especialmente em casos onde apenas uma ou poucas circunstâncias judiciais desfavoráveis são consideradas.

Além disso, a flexibilidade conferida ao magistrado na dosimetria da pena pode levar à aplicação de penas severas sem que haja justificativa suficiente para um aumento significativo. A adoção de um critério uniforme, como o aumento de 1/8 por circunstância desfavorável, ainda que não obrigatório, oferece um parâmetro claro que pode servir para limitar o arbítrio e assegurar maior previsibilidade.

5.3. Reflexões sobre a Proporcionalidade e a Equidade

A análise da jurisprudência do STJ e do STF sobre a dosimetria da pena revela uma tensão entre a necessidade de individualização da sanção penal e a busca por critérios uniformes que garantam a equidade e a proporcionalidade na aplicação das penas. Por um lado, a individualização da pena é essencial para assegurar que a sanção aplicada corresponda à gravidade do delito e às condições pessoais do réu. Por outro lado, a falta de critérios objetivos pode levar a decisões desiguais e, por vezes, injustas.

O critério de 1/8 por circunstância desfavorável, ainda que não seja obrigatório, fornece uma base para garantir que a pena aplicada esteja dentro de um padrão razoável de proporcionalidade. Entretanto, quando o magistrado tem a liberdade de aplicar frações diferentes ou até mesmo fixar a pena-base no máximo legal com base em uma única circunstância desfavorável, corre-se o risco de comprometer a segurança jurídica.

A aplicação de frações diversas sem a devida justificativa, como demonstrado em alguns julgados, pode gerar resultados que não correspondem à gravidade do delito. O controle dessa discricionariedade, embora necessário, deve ser exercido de forma a evitar tanto o excesso punitivo quanto a subvaloração de crimes graves.

5.4. Impacto Prático no Sistema Penal

A flexibilidade permitida na dosimetria da pena tem implicações diretas para o sistema de justiça penal. A falta de critérios matemáticos claros, conforme observado, gera incerteza para as partes envolvidas, principalmente para os réus, que podem ser submetidos a diferentes critérios de fixação de pena dependendo do magistrado que julgar seu caso. Além disso, a disparidade na aplicação das penas aumenta a litigiosidade, resultando em maior número de apelações e recursos, sobrecarregando ainda mais o sistema.

A previsibilidade e a uniformidade são valores que contribuem para a legitimidade do sistema de justiça penal. A adoção de critérios objetivos, como o aumento de 1/8 por circunstância judicial desfavorável, poderia mitigar esses problemas, promovendo maior estabilidade nas decisões judiciais e diminuindo o espaço para interpretações divergentes.

A análise da jurisprudência dos tribunais superiores sobre dosimetria da pena revela um cenário de gradual consolidação do critério de 1/8 por circunstância judicial desfavorável como parâmetro objetivo, ainda que não vinculante. Este critério emerge como importante ferramenta para equilibrar a necessária individualização da pena com a busca por maior uniformidade nas decisões judiciais.

No entanto, a não obrigatoriedade deste parâmetro ainda permite significativa discricionariedade judicial, podendo resultar em decisões díspares para casos similares. Esta flexibilização, embora importante para a individualização da pena, precisa encontrar limites mais claros para não comprometer a segurança jurídica.

O STJ, ao admitir o critério de 1/8 como razoável mas não obrigatório, sinaliza um caminho intermediário entre a rigidez matemática e o arbítrio judicial. Esta orientação, embora represente um avanço, ainda demanda aperfeiçoamentos para garantir maior previsibilidade e equidade na aplicação das penas.

A tendência jurisprudencial observada aponta para a necessidade de estabelecimento de parâmetros mais objetivos na dosimetria, sem engessar completamente a atividade judicial. O desafio que se coloca é justamente encontrar o ponto de equilíbrio entre a discricionariedade necessária à individualização da pena e a uniformidade essencial à segurança jurídica.

CONCLUSÕES: O NECESSÁRIO APERFEIÇOAMENTO DA DOSIMETRIA DA PENA-BASE PELA ADOÇÃO DE QUANTUM MÁXIMO E MÍNIMO POR CADA CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL COMO FORMA DE DEFERÊNCIA À AMBAS AS FINALIDADES DA PENA

A práxis da aplicação da pena no caminhar do tempo atravessou períodos de indeterminação absoluta, ocasião em que se centrava na figura do aplicador o arbítrio de escolher o castigo e sua intensidade, realidade que perdurou até meados do século XVIII. Após a virada iluminista e assunção de ideais revolucionários burgueses, o direito penal adotou cariz humanitária, pautado na legalidade e avesso aos antigos castigos atrozes medievais.

Dentro dessa nova perspectiva, entendeu-se por suprimir por completo a arbitrariedade do julgador na aplicação da pena. A nova lógica do juiz “boca inanimada da lei” impunha que as reprimendas fossem fixadas tão somente pelo legislador, sem margem de variação conforme o autor do crime. Cabia ao magistrado apenas verificar a ocorrência do delito e aplicar a pena correspondente já fixada na lei. O sistema de penas fixas inaugurado no iluminismo orientou o fenômeno das codificações, conforme se verifica no Código Criminal Francês de 1791, no Código Imperial do Brasil de 1830 em alguns tipos penais, como por exemplo o homicídio qualificado (art. 192), e em tantos outro dos sistemas jurídicos da Europa ocidental.

Porém, o engessamento das penas trouxe como consequência a impossibilidade de se individualizar a punição conforme aspectos particulares dos autores, pois não se mensurava a culpabilidade particular de cada criminoso, nem suas condições peculiares. A constatação da necessidade de se individualizar a pena se originou do avanço do cientificismo próprio da filosofia positivista que ganhava corpo no limiar do século XX.

A escola positiva da criminologia acendeu a discussão e pesquisa na figura do delinquente e de suas características particulares, afastando-se do paradigma clássico circunscrito apenas ao crime e de sua respectiva punição. Portanto, a partir do influxo dos estudos da escola positiva, foram incorporadas nas legislações o princípio da individualização da pena.

Como consequência, o juiz voltou a ter poder, embora limitado pelo prudente arbítrio, de modular a pena conforme aspectos relacionados ao crime, mas

também ao seu autor, dentro de margens penais fixadas pelo legislador, isto é, entre o mínimo e máximo, tal como estabelece o art. 52, I, do Código Penal Brasileiro em vigor.

O modelo de discricionariedade limitada adotado no CPB consagrara o sistema das margens penais, sendo este afinado com a teoria mista, tendo em vista que estabelece ao juiz o dever de fixar a pena conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

Reprovação e prevenção, pois, são ambas as finalidades da pena a serem observadas pelo juiz na sentença condenatória, dentro do critério de necessidade e suficiência, isto é, dentro de limites proporcionais, esta foi a *mens legis* do art. 59 do CPB ao trabalhar com penas máximas e mínimas.

Porém, embora a lei tenha passado a prever margens penais em que o juiz pudesse a seu prudente critério trabalhar, os longos intervalos entre as penas mínimas e máximas cominadas aos delitos permitem injustas incoerências, mormente porque não se assimilou bem que a adoção da teoria unitária não significa dar carta branca ao juiz para aplicar a pena da forma que bem lhe aprouver. A significação do limite ao magistrado é justamente o viés teleológico, como visto no capítulo 4 desta dissertação.

Vimos também que não há falar em hierarquia na lei entre as finalidades declaradas da pena no nosso Código Penal, quando consagrou a teoria eclética e resolveu por adotar como máximas a serem perseguidas pelo juiz na aplicação da pena, a união das finalidades de retribuição pelo fato praticado e da prevenção de novos crimes, tudo isso, de maneira conjunta e harmônica.

Vimos também que apesar de o legislador brasileiro, na esteira do que vem predominando nos sistemas jurídicos estrangeiros, nitidamente do ocidente, haver estabelecido como viés orientador a teoria unificadora, silenciou sobre qual vertente finalística teria maior predominância na aplicação da pena: se a prevenção especial positiva (ressocialização) ou negativa (neutralização), se a prevenção geral, seja positiva ou negativa ou a justa retribuição, distintamente do que previu no tocante à execução da pena, em que claramente optou por partidizar a prevenção especial positiva como norte preponderante aos apenados no art.1º, da Lei 7.210/84 (Lei de Execução Penal).

Em matéria de dosimetria da pena, o conjunto de finalidades que compõem a teoria da união possuem a mesma importância em abstrato. Concluímos dessa forma, porque o silêncio eloquente do legislador no sentido de não privilegiar a nenhuma finalidade da pena frente à outra aprioristicamente pelo juiz, decorre da própria previsão de circunstâncias judiciais que ancoram os postulados de retribuição, prevenção geral e outras de prevenção especial.

Deixamos patente também que, apesar de trabalharmos sob a perspectiva paradigmática do direito vigente, isto é, de *lege lata*, não sendo, pois, nossa pretensão no presente trabalho discutir o acerto ou desacerto da adoção da teoria mista no nosso Código Penal, vimos que é sim possível equalizar satisfatoriamente no campo

pragmático a reunião das finalidades de prevenção e repressão de crime. Em outras palavras, mesmo sem ter como objetivo científico primordial nesta dissertação discutir se foi boa ou ruim a adoção da teoria eclética pelo nosso Código Penal, não deixamos de reconhecer a vagueza das críticas de parte da doutrina que a impugna, a pretexto de sê-la alvo de incompatibilidade entre os fins inconciliáveis de retribuição e utilidade. Entendemos que tais críticas não são pertinentes, tendo em vista que se afigura perfeitamente possível aplicar uma pena que seja ao mesmo tempo justa, atenta à reprovabilidade do ato criminoso praticado e também possa servir de instrumento de prevenção geral, pelo reforço da consciência popular a respeito da vigência da norma, servindo também de instrumento de reforço da intimidação e que, concomitantemente, preste-se a regenerar o condenado e, quando não possível, inocuizá-lo temporariamente. Logo, não se constata nenhum tipo de incompatibilidade no plano fático desse conglomerado de finalidades da pena.

No plano teórico também não se constata incompatibilidade na reunião de finalidades conforme bem pensou Adolf Merkel desde o século XIX.

Nesse passo, percebe-se que, na realidade, o que leva à parcela da doutrina a intuir a suposta impossibilidade de conciliação entre reprovação e utilidade, é o simples fato de tais finalidades partirem de pressupostos metodológicos diversos, pois enquanto na retribuição o fundamento da punição é o livre arbítrio, caracterizador de um fato pessoalmente reprovável, para os partidários do utilitarismo da pena na vertente especial, o que a fundamenta é o determinismo naturalista, o que evidentemente não se afina com a ideia de reprovabilidade pessoal, pois como alguém poderia ser censurado por algo já predeterminado a cometer? Porém, independentemente das visões diametralmente opostas verificadas nos pontos de partida das teorias que compuseram a eclética de retribuição-prevenção, como frisado alhures, o fato é que uma vez reunidas, as concepções puristas cedem espaço a uma possível conciliação equânime, como ficou bem claro nas linhas anteriores.

O grande problema a ser solucionado no âmbito da teoria mista, como exposto, não é a conjugação de reprovação do fato criminosos com a prevenção de novos crimes -até mesmo porque ontologicamente não há como negar que toda pena traz uma carga de aflição ao condenado, o que por si só já conduz à ideia de retribuição retrospectiva ao fato praticado, por mais branda que ela seja, e que, ao mesmo tempo, toda pena tem o potencial de provavelmente incutir no ideário da sociedade e do indivíduo criminoso a dissuasão ao crime. Na verdade, o grande problema a ser solucionado no âmbito da teoria mista é que tais metas direcionadas à pena de retribuição e prevenção carecem de uma melhor sistematização, a fim de evitar distorções quantitativas.

Em outras palavras, vimos que, apesar de ser perfeitamente possível a adoção dos programas de retribuição e prevenção pela aplicação da pena na perspectiva deontológica, a lei posta por si só não foi capaz de evitar o uso e abuso do arbítrio do aplicador da pena, o qual geralmente se arvora no poder de escolher qual finalidade deve assumir absoluta preponderância.

Tal arbítrio sob a roupagem de uma discricionariedade regrada é revelado sobremaneira pela livre escolha da medida de pena por cada circunstância judicial considerada pelo juiz como desfavorável. Uma pena-base pode em tese ser fixada no máximo legal, mesmo que somente uma circunstância seja desfavorável ao réu; assim como uma pena-base pode em tese ser fixada no mínimo legal, mesmo que o conjunto das oito circunstâncias judiciais seja desfavorável ao réu, sem que se esteja descumprindo o art. 59, II, do CPB.

A situação ora apontada não apenas é possível, como é frequente, razão pela qual, apesar da margem de liberdade conferida ao juiz para trabalhar a fixação da pena entre o mínimo e o máximo, não há dúvidas de que o referido critério por si só acarreta penas desproporcionais e, uma vez desproporcionais, patente a injustiça retributiva e sua imprestabilidade para o atingimento escorreito das finalidades preventivas.

Nesse caminhar, reconhecendo as distorções constatadas na determinação judicial da pena, cuidou o trabalho de propor uma solução viável no campo pragmático que melhor delimitasse a discricionariedade do juiz na fixação da pena-base, solução essa apta a possibilitar a mais perfeita possível equação das finalidades da pena, sem excessos e sem insuficiências.

Trabalhamos sob a perspectiva de que a delimitação da discricionariedade judicial perpassa o mero discurso de *lege ferenda*, pois não há dúvidas de que urge uma rápida solução para a problemática constatada, até mesmo para efeito de credibilidade e uniformidade da Justiça e permissão de sindicabilidade das decisões. É preciso que a parte inconformada saiba que ponto impugnar na dosimetria da pena em sede recursal, por exemplo.

Assim, demonstramos que a delimitação da discricionariedade judicial no campo da dosimetria da pena não depende de nenhuma alteração legislativa no art. 59 do CPB, sendo o bastante neste momento a interpretação da lei à luz da pretensão de correção e seus postulados principiológicos.

Na lacuna da lei, usamos de princípios para fielmente interpretá-la e o princípio a ser chamado nessa tarefa de colmatação legal é o da proporcionalidade, princípio esse entendido na sua dupla face: vedação de excesso e de proteção deficiente de bens jurídicos.

Nesse contexto, chegamos à conclusão de que o que melhor se alinha ao proposto, não é o labor meramente voluntarioso do juiz, seja na escolha de uma finalidade da pena como preponderante, seja no que diz respeito ao quantum de incremento na pena de cada circunstância judicial tida como desfavorável, mas sim a conscientização de exegese da lei de maneira razoável e, assim se faz, estabelecendo-se frações mínimas e máximas de elevação da pena-base por cada circunstância judicial analisada.

A fração que se apresenta mais adequada é de até um oitavo e de no mínimo um dezesseis avos, calculada entre a pena mínima e máxima, justamente porque essa fração corresponde ao produto da divisão entre as oito circunstâncias judiciais

elencadas no art. 59 do CPB. Assim, contemplar-se-ia em certa medida os postulados de retribuição, prevenção geral e de prevenção especial, sem mais nem menos, ou seja, de forma equilibrada.

Enfim, tem-se como verdadeiras as concepções de que o direito penal para cumprir sua missão deve concretamente perseguir sua dupla finalidade retributiva e preventiva; bem como que, para tanto, compete ao juiz sentenciante no exercício da dosimetria da pena fazer o bom uso de sua discricionariedade, porquanto inexorável, calcado em critérios racionais e avesso à incoerências metodológicas, de modo a concretizar o princípio da proporcionalidade da pena, o qual também tem incidência por ocasião da aplicação da reprimenda e não apenas por ocasião da cominação da sanção pelo legislador.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 2. ed. São Paulo: Landy, 2008.

_____. Organização, tradução e estudo introdutório Alexandre Travessoni Gomes Triviosonno. **Teoria Discursiva do Direito**, 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015.

ALVES, Sílvia. **Punir e humanizar**. O direito penal setecentista. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014.

BACIGALUPO, Enrique. **Direito Penal**: parte geral, São Paulo: Malheiros, 1998.

BARATTA, Alessandro. **Criminología crítica y crítica del derecho penal**: introducción a la sociología jurídico penal. Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2004.

BARBOSA, Rui. **Oração aos Moços**: edição popular anotada por Adriano da Gama Kury. ed. – Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1997.

BATISTA, Nilo. **Apontamentos para uma história da legislação penal brasileira**. Rio de Janeiro: Revan: 2016.

BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução crítica à criminologia brasileira**. 2.ed., Rio de Janeiro: Revan, 2015.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**.. vol. I. 22 ed. São Paulo:Saraiva, 2016.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das penas**. 2.ed. São Paulo: Edipro, 2015.

BETTIOL, Giuseppe. **Derecho penal**: parte general. Buenos Aires: Rodamillans, 1958.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão**: Causas e alternativas. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant**. 2ª ed. Tradução: Alfredo Fait. São Paulo: Mandarim, 2000

BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal**: parte geral. 2. ed, Rio de Janeiro: Forense, 2010.

BRUNO, Anibal. **Direito penal**. Tomo I. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

BUSTOS RAMÍREZ, JUAN J.; MALARÉE, HERNÁN HORMAZÁBAL, **Lecciones de derecho penal**. vol I. Trotta: Madrid, 1997.

BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

CARDOZO, Teodomiro Noronha. **Teoria da argumentação jurídica: exigência de correção nos discursos jurídico e prático geral**. Revista da Esmape, volume 9, nº 20, 2004.

CARRARA, Francesco. **Programa do curso de direito criminal**. vol. II. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2002.

CARVALHO NETO, Inacio de. **Aplicação da pena**. 4. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2013.

CONDE, Francisco Muñoz; Arán, Mercedes García. **Derecho Penal**: parte general. 8. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

CORREIA, Eduardo. **Direito Criminal II**. Almedina: Coimbra. 2014.

CUELLO CALÓN, Eugenio. **La moderna penologia**: Represión del delito y tratamiento de los delincuentes, penas y medidas. Su ejecución. Barcelona: Bosch, 1974.

COSTA, Álvaro Mayrink da. **Direito Penal**. vol 3. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal português**: parte geral II as consequências jurídicas do crime. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

_____. **Questões fundamentais do direito penal revisitadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002

_____. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DOTTI, René Ariel. **Reforma penal brasileira**. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

ESPINAR, José Miguel Zugaldia. **Fundamentos de Derecho Penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1993

FELDENS, Luciano. **Direitos fundamentais e direito penal**. Porto Alegre: Livraria. do Advogado, 2008.

FERNANDES, Newton; FERNANDES, Valter. **Criminologia integrada**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Trad. Ana Paula Zomer Sica; Fauzi Hassan Choukr; Juarez Tavares; Luiz Flávio Gomes. 3ª ed. São Paulo: RT, 2010.

FERREIRA, Manuel Cavaleiro. **Lições de direito penal**: parte geral. Lisboa: Almedina, 1989.

FERRI, Enrico. **Princípios de direito criminal**: o criminoso e o crime. 2.ed. Campinas: Bookseller, 1998.

FEUERBACH, Anselm von. **Tratado de derecho penal común vigente en**

Alemania. Tradução Eugenio Raúl Zaffaroni y Irma Hagemeyer. Buenos Aires: Hammurabi, 1989.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão.** 42. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2014.

FREITAS, Ricardo de Brito A. P. **As razões do positivismo penal no Brasil.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

_____. **Razão e sensibilidade: fundamentos do direito penal moderno.** São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães, **A motivação das decisões penais.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

HART, Herbert L. A. **O conceito de direito,** 3ª ed. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

HASSEMER, Winfried. **Fundamentos del derecho penal.** Barcelona: Bosch, 1984.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios da filosofia do direito.** Trad. Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

HERNANDEZ, Martín Besio. **Los critérios legales y judiciales de individualización de la pena.** Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal.** vol V. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1955.

JAKOBS, Günther. **Derecho Penal: parte general.** 2.ed. Madrid: Marcial Pons Ediciones Juridicas, 1997.

JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de derecho pénal** (Parte general), Volumen segundo, trad. S. Mir Puig, F. Muñoz Conde, Bosch: Barcelona, 1981.

JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. **Finalidades da pena.** Barueri: Manole, 2004. KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes: contendo a doutrina de direito e a doutrina da virtude.** Edipro, 2003.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** Tradução de João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LISZT, Franz Von. **La idea del fin en el derecho penal.** Granada: Comares, 1995.

_____. **Tratado de direito penal alemão.** vol. I. Trad. José Higino Duarte Pereira. Campinas: Russell Editores, 2003.

LYRA, Roberto. **Comentários ao código penal.** Vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. **Fundamentos da pena.** 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016.

MASCARO, Alysson Leandro. **Filosofia do direito.** 5. ed. São Paulo: Atlas,

2016.

MERKEL, Adolf. **Derecho penal**: parte general. Montevideo: Buenos Aires: BdeF, 2006.

MOMMSEN, Teodoro. **Derecho Penal Romano**. Pamplona, Navarra: Jimenez Gil Editor, 1999

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito penal**. vol. 1. 38 ed., São Paulo: Saraiva, 2004. PERELMAN, Chain. **Lógica Jurídica: nova retórica**, traduzido por Virgínia K. Pupi, 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000

QUEIROZ, Paulo. **Funções do Direito Penal**: Legitimação versus Deslegitimação do sistema penal. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

REALE JUNIOR., Miguel. **Instituições de Direito Penal**. Parte Geral. Vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. **Penas e medidas de segurança no novo código**. 2. ed. Forense, 1987.

RODRIGUES, Anabela Miranda. **A determinação da medida da pena privativa de liberdade**. Coimbra: Coimbra, 1995.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Aplicação da Pena**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2015,

ROXIN, Claus. Fin y justificacion de la pena y de las medidas de seguridad. **Determinacion judicial de la pena**. Buenos Aires: Editores del Puerto, 1993.

_____. **Problemas básicos del derecho penal**. Trad. DIEGO-MANUEL LUZON PEÑA. REUS. S. A.: Madrid, 1976

SALEILLES, Raymond. **A individualização da pena**. São Paulo: Rideel, 2006.

SÁNCHEZ, Bernardo Fejjoo. **Retribución y Prevención General**: Um estudio sobre la teoria de la pena y las funciones del derecho penal. Buenos Aires: B de F Ltda, 2007.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. 4. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição e Proporcionalidade**: O direito penal e os direitos fundamentais entre a proibição de excesso e de insuficiência. Revista da Ajuris, ano XXXII, nº 98, 2005.

SCHÜNEMANN, Bernd. **El sistema moderno del Derecho penal**: cuestiones fundamentales. Madrid: Tecnos, 1991.

SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JÚNIOR, Alceu. **Pena e constituição**. São Paulo: RT, 1995.

SILVA, Germano Marques. **Direito penal português** – Parte geral, teorias das penas e das medidas de segurança. Lisboa: Editorial Verbo, 1999

SILVA, SÁNCHEZ, Jesús Maria. **La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): um primer esbozo**. Disponível em: www.indret.com. Acesso em 26 de dez. 2017

SOLER, Sebastián. **Derecho Penal Argentino**. Tomo II. Buenos Aires: TEA, 1992.

SOUZA, M. B. DE. A individualização da pena no Direito Penal Comparado latino- americano. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, v. 59, p. 217- 280, 29 dez. 1963.

STRECK, Lenio Luiz. **A dupla face do princípio da proporcionalidade**: da proibição de excesso (übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. *Revista da Ajuris*, XXXII, nº 97, 2005.

TINÔCO, Antônio Luiz. **Código criminal do Império do Brasil anotado**. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003.

WELZEL, Hans. **Derecho penal aleman**: parte general. 2.ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1976.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro.

Direito penal brasileiro. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

_____. **O inimigo no direito penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2016.

ZIPF, Heinz, **Introducción a la política criminal**. Trad. Miguel Izquierdo Macías-Picavea. Madrid: Edersa, 1979

_____. **Principios fundamentales de la determinación de la pena**. In: Cuadernos de política criminal. 17 ed. Madri: Edersa, 1982.

APÊNDICES

Número de Circunstâncias judiciais desfavoráveis (art. 59 do CP)	Acréscimo	Pena-base
0	Nenhum acréscimo	4 anos
1- Culpabilidade	+ 1/8 = 9 meses (um oitavo)	4 anos e 9 meses
2- Antecedentes	+ 1/8 = 9 meses (um oitavo)	5 anos e 6 meses
3- Personalidade	+ 1/8 = 9 meses (um oitavo)	6 anos e 3 meses
4- Consequências	+ 1/8 = 9 meses (um oitavo)	7 anos
5	+ 1/8 = 9 meses (um oitavo)	7 anos e 9 meses
6	+ 1/8 = 9 meses (um oitavo)	8 anos e 6 meses
7	+ 1/8 = 9 meses (um oitavo)	9 anos e 3 meses
8	+ 1/8 = 9 meses (um oitavo)	10 anos

Quadro 2- Crime de roubo em que hipoteticamente uma mesma circunstância judicial possui aspectos sopesados positivamente e negativamente, exemplificado na p. 107. desta dissertação

Número de Circunstâncias judiciais desfavoráveis (art. 59 do CP)	Acréscimo	Pena-base
0	Nenhum acréscimo	4 anos
1 - Culpabilidade	+ 1/8 = 9 meses (um oitavo)	4 anos e 9 meses
2- Antecedentes	+ 1/8 = 9meses (um oitavo)	5 anos e 6 meses
3- Personalidade	+ 1/8 = 9 meses (um oitavo)	6 anos e 3 meses
4- Consequências	+ 1/16 = 9 meses (um dezesseis avos)	6 anos, 7 meses e 15 dias
5	+ 1/8 = 9 meses (um oitavo)	7 anos e 9 meses
6	+ 1/8 = 9meses (um oitavo)	8 anos e 6 meses
7	+ 1/8 = 9 meses (um oitavo)	9 anos e 3 meses
8	+ 1/8 = 9 meses (um oitavo)	10 anos

Fonte: Danielle Burichel

Nessa situação, portanto, o critério mais adequado para fixação da pena-base, é aplicar como quantum de elevação a fração de 1/6 (um dezesseis avos) pela referida circunstância judicial não completamente desfavorável, como explicado na p. 107.



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DE PERNAMBUCO

1ª Vara Criminal da Comarca de Paulista

Fórum Irajá D' Almeida Lins - Av. Senador Salgado Filho, s/n - Centro
Paulista/PE

Telefone: (81) 3181-9001

Processo nº 0002063-22.2016.8.17.1090

SENTENÇA

Vistos, etc.

xxxxxxxxxxxxxxxx, qualificado nos autos, foi denunciado pelo MPPE como incurso na conduta tipificada no art. 157, § 2º, incisos I e II, do CP.

Narra a denúncia que “no dia 07 de julho de 2016, por volta das 23:00h, na Rua Equador, bairro de Nossa Senhora da Conceição, nesta urbe, o ora denunciado, em concurso com terceira pessoa não identificada, mediante grave ameaça exercida com emprego de arma de fogo, subtraiu duas bicicletas pertencentes às vítimas xxxxxxxx e xxxxxxxxxx, consoante provas colhidas nos autos.

Emerge dos autos que, no dia dos fatos, as vítimas estavam em uma lanchonete localizada no local mencionado, quando foram abordadas pelo denunciado e seu comparsa. O denunciado mostrou uma arma de fogo que trazia consigo, anunciado o assalto e tomando, junto com seu assecla, as bicicletas das vítimas. Após tomar as bicicletas das vítimas, os autores do delito fugiram do local.”

Denúncia recebida em 21/06/2016 (fls. 47).

Resposta à acusação ofertada pela defesa do réu às fls. 58.

Audiência de instrução realizada, ocasião em que foram ouvidas as vítimas, testemunha(s) arrolada(s) pelo Ministério Público e realizado o interrogatório do réu (fls. 74;84).

Alegações finais do MP (fls. 87/89), peça em que pugna pela condenação dos réus nas penas do artigo 157, § 2º, incisos I e II, do CP.

Alegações finais da defesa do réu Cleyton Souza da Silva, peça em que requereu o reconhecimento da atenuante de confissão espontânea, bem como o início do cumprimento da pena em regime inicial mais brando, em caso de condenação (fls. 91/95).

É o relatório.

DECIDO.

Consoante se observa acima, a denúncia ministerial imputa ao acusado a prática do delito de roubo majorado pelo concurso de pessoas e pelo emprego de arma. Do apurado em sede de instrução processual, conclui-se pela procedência do pedido, conforme adiante fundamentado.

Encontra-se nos autos farta prova da materialidade do roubo majorado ora denunciado.

É o que se constata nos depoimentos da vítimas colhidos nos autos que, com riqueza de detalhes, narram o evento da subtração das bicicletas, enquanto se encontravam em uma lanchonete, momento em que foram abordadas pelo denunciado na companhia de outro indivíduo (mídia em DVD, fl.74).

Acrescenta a vítima Windson Jesus de Oliveira em seu depoimento produzido pelo contraditório, que no momento em que foi abordado pelo acusado, este teria dito que pegaria as bicicletas, o que lhe foi negado, momento em que o réu disse “bora ver se eu não vou pegar”, levantando a camisa mostrando a arma que estava em sua cintura, tendo feito isso a vítima então disse “tá certo, então leva” (mídia em DVD, fl. 74).

Os pertences subtraídos foram descritos no auto de apresentação e apreensão de fl.21, o que corrobora os depoimentos das vítimas no sentido de que teriam sido roubadas naquele dia 07/07/2016.

Além disso, a testemunha Gibson Lima de Medeiros, Policial Militar, ratificou em juízo o depoimento prestado na esfera policial e confirmou que estava fazendo rondas próximo ao local em que ocorreu o fato, quando a vítima abordou a viatura informado o ocorrido, em seguida, com as informações da vítima, foi possível encontrar o acusado.

Ademais, a contento comprovada a causa de aumento de pena do roubo, consistente no emprego de arma, porquanto a vítima sempre que ouvida nos autos mencionou que o indivíduo se encontrava armado, o que foi confessado pelo próprio acusado. A elementar da causa de aumento de pena atinente ao concurso de pessoas, igualmente, está a contento comprovada nos autos, como se verá com mais vagar na fundamentação alusiva à autoria.

No tocante à autoria delitiva, não há espaço para dúvidas, o que se depreende com base nos depoimentos acima mencionados, corroborados pela confissão espontânea do réu.

Vê-se no vídeo de inquirição da vítima em juízo que ela foi enfática ao ratificar seu depoimento prestado na Polícia e ainda acrescentou que havia reconhecido o réu de maneira inequívoca, inclusive o próprio réu confessou o assalto em seu depoimento, tendo informado que o motivo do crime foi o estado de embriaguez alcoólica e porque queira usar droga, bem como que o crime teria sido praticado em concurso com uma pessoa que conhece apenas por “João” (à fl. 74 mídia em DVD).

Logo, é possível concluir das provas que emergem dos autos que o acusado, em comunhão de desígnios, subtraiu mediante grave ameaça exercida com o emprego de arma de fogo as duas bicicletas pertencente às vítimas.

No que diz respeito ao concurso de crimes, observa-se que uma única ação foi perpetrada no mesmo contexto fático, com mais de uma vítima, fato esse narrado na denúncia, o que configura concurso formal, tendo em vista que o único anúncio do assalto, mediante uma única grave ameaça exercida com o emprego de arma de fogo, teve o condão de atingir o patrimônio de duas pessoas. Ressalto, inclusive, que tais circunstâncias, além de comprovadas, emergem da própria narrativa da inicial acusatória, pelo que apresenta possível a aplicação do instituto da *emendatio libelli* (art. 383 do CPP). Aliás, este é o entendimento consagrado pela jurisprudência:

HABEAS CORPUS. ROUBO. ART. 157, § 2.º, INCISOS I E II, DO CÓDIGO PENAL. DELITOS PRATICADOS MEDIANTE UMA SÓ AÇÃO, CONTRA DIVERSAS VÍTIMAS. PATRIMÔNIOS DISTINTOS. CONCURSO FORMAL CONFIGURADO. APLICAÇÃO DE FRAÇÃO SUPERIOR AO ESTABELECIDO NO ART. 70 DO CÓDIGO PENAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. CONCURSO FORMAL. CRITÉRIO OBJETIVO, VINCULADO AO NÚMERO DE VÍTIMAS. SENTENCIADO EM CUMPRIMENTO DE PENA POR OUTRO PROCESSO. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DAS EXECUÇÕES PARA A DETERMINAÇÃO DO NOVO REGIME PRISIONAL. ART. 111 DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL. ORDEM DE HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. Na espécie, o crime de roubo foi cometido no interior de um

coletivo, contra 05 (cinco) vítimas, mediante ameaça de morte feita com arma de fogo municada e apta para produzir disparos.

2. Resta caracterizado o concurso formal quando praticado o crime de roubo, mediante uma só ação, contra vítimas distintas, pois atingidos patrimônios diversos. Precedentes.

3. O Tribunal de origem, na terceira fase de aplicação da pena, aumentou as penas do Paciente acima do patamar máximo estabelecido no art. 70 do Código Penal.

4. Esta Corte Superior de Justiça possui entendimento firmado no sentido de que "[o] percentual de aumento decorrente do concurso formal de crimes (art. 70 do CP) deve ser aferido em razão do numero de delitos praticados, e não à luz do art. 59 do CP [...]" (HC 136.568/DF, 5.^a Turma, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJe de 13/10/2009).

5. A determinação do regime prisional, na hipótese, tendo em vista que o Paciente cumpre pena por outras condenações, compete ao Juízo da Execução Penal, em razão do que preceitua o art. 111, parágrafo único, da Lei de Execução Penal.

6. Ordem de habeas corpus parcialmente concedida, para redimensionar as penas do Paciente, fixando-as em 07 (sete) anos, 01 (um) mês e 10 (dez) dias de reclusão e 17 (dezesete) dias-multa, mantida, no mais, a condenação.

(HC 173.068/RJ, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 08/10/2013, DJe 16/10/2013)

Dispositivo

Ante o exposto, JULGO PROCEDENTE o pedido formulado na denúncia ministerial para **condenar xxxxxxxxxxxx**, qualificado nos autos, pela prática do crime de roubo majorado pelo concurso de pessoas e pelo emprego de arma de fogo em concurso formal de crimes (art. 157, §2º, I e II, do CP c/c art. 70, do CP).

Da dosimetria da pena

Passo, então, a dosar a pena, seguindo o método trifásico do mestre Hungria (art. 68 do CP).

Circunstâncias judiciais (art. 59 do CP):

Verifico que a culpabilidade não perpassa o comum ao delito, razão pela qual não valoro em desfavor do réu. No que diz respeito aos antecedentes, constato a existência de duas sentenças condenatórias transitadas em julgado em desfavor do réu, uma nos autos do processo nº 9380-13.2012.8.17.1090, por tráfico de drogas, com trânsito em julgado em 19/032015 e outra nos autos do processo nº 2813-92.2014.8.17.1090, por furto, sendo certo que se afigura possível a consideração como maus antecedentes sem incorrer em bis in idem com a agravante da reincidência penal mais adiante considerada na segunda fase da dosimetria da pena, dada a duplicidade de condenações, pelo que valoro em desfavor do réu. A personalidade do agente apresenta traços de afeição ao crime, conforme se constata na análise de sua folha de antecedentes criminais (fl. 53), com acusações de tráfico de drogas, furto e roubo, o que lhe rendeu inclusive a condição de reincidente penal nos termos do art. 63 do CP. No que diz respeito à conduta social, não avalio em desfavor do acusado, por ausência de elementos nos autos que atestem ser o réu pessoa malquista no meio social e no seio familiar. O motivo do crime que aparece nos autos é o que dimana da própria confissão do acusado, no sentido de que estava bêbado e queria comprar droga, fato abjeto e que inclusive é considerado criminoso, consoante se vê no art. 28 da Lei 11.343/06, embora estivesse trabalhando razão pela qual valoro em desfavor do réu. As circunstâncias operam em desfavor do acusado, pois escolheu as vítimas em momento de distração e descontração em uma lanchonete. As consequências do crime não foram das mais gravosas, haja vista que as bicicletas foram recuperadas pelas vítimas em perfeito estado, pelo que não valoro em desfavor do réu.

Por fim, o comportamento das vítimas não deve ser atribuído como contributivo aos crimes, o que valoro em desfavor do réu, pois se a vitimologia não pode ser empregada para beneficiar o réu, é óbvio que tal circunstância deve considerada em seu desfavor, até mesmo porque eventual contributo da vítima na prática do crime beneficia o réu na medida em que a pena parte do mínimo legal, não se admitindo inclusive a fixação da pena-base abaixo do mínimo legal (art. 59, II, do CP), de forma que manter neutra tal circunstância judicial seja quando a vítima contribui, seja quando não contribui seria desprestigiar o princípio da individualização da pena (art. 5º, XLVI, CR/88).

Como se vê, das oito circunstâncias analisadas na primeira fase de aplicação da pena, cinco foram valoradas em desfavor do réu (antecedentes, personalidade do agente, motivo do crime, circunstâncias, comportamento das vítimas) pelo que se apresenta como adequado e suficiente para atender às principais finalidades da pena na sentença de reprovação e prevenção especial e secundariamente de prevenção geral (art. 59, in fine, CP), cada qual merecer um acréscimo de nove meses a mais na pena mínima de 4 anos (um oitavo), atenta inclusive à dupla face do princípio da proporcionalidade da pena de vedação de excesso e de proteção deficiente de bens jurídicos.

Frise-se, inclusive, que a tabela (moldura da cupabilidade) elucida a aplicação do critério predominante na jurisprudência de acrescentar um oitavo por cada circunstância judicial desfavorável, partindo da pena mínima (vide STJ. HC/DF, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado 02/06/2016, DJ 10/06/2016; TJDF, APR 0021925-23.2013.8.07.003, Rel. Des. Silva Lemos, Julgado em 01/10/2014, 1ª Turma Criminal; TJPR- 1º C. Criminal- AC- 12770674-6- Telêmaco Borba- Rel.: Antonio Loyola Vieira- Unânime - -J. 08.10.2015; TJ-MA- APL: 0000594-22.2013.8.10.0093, Relator: JOÃO SANTA SOUSA, Data de Julgamento: 15/12/2015, PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL, Data da Publicação: 21/12/2015); TJRJ- APC 0206264-61.2011.8.19.0001, Relator: DES. DENISE VACCARI MACHADO PAES, j. 10/07/2012, PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL).

Além disso, estabelece o art. 59, II, do Código Penal que deverá o juiz fixar a pena dentro dos limites previstos, sendo, portanto, perfeitamente possível, já na primeira fase da dosimetria, a pena-base ser fixada no máximo legal, desde que todas as circunstâncias judiciais sejam desfavoráveis.

Número de Circunstâncias judiciais desfavoráveis (art. 59 do CP)	Acréscimo	Pena-base
0	Nenhum acréscimo	4 anos
1	+ 1/8 = 9 meses (um oitavo)	4 anos e 9 meses
2	+ 1/8 = 9 meses (um oitavo)	5 anos e 6 meses
3	+ 1/8 = 9 meses (um oitavo)	6 anos e 3 meses
4	+ 1/8 = 9 meses (um oitavo)	7 anos
5	+ 1/8 = 9 meses (um oitavo)	<u>7 anos e 9 meses</u>
6	+ 1/8 = 9 meses (um oitavo)	8 anos e 6 meses
7	+ 1/8 = 9 meses (um oitavo)	9 anos e 3 meses
8	+ 1/8 = 9 meses (um oitavo)	10 anos

Assim, fixo a pena-base em 7(sete) anos e 9 (nove) meses de reclusão, conforme bem elucidado na tabela elaborada por esta magistrada:

Circunstâncias legais (art. 61 e 65 do CP):

Na segunda fase da dosimetria da pena constato a concorrência entre a circunstância agravante da reincidência penal (art. 61, I, do CP) e a atenuante alusiva à confissão espontânea, prevista no art. 65, III, d, do CP.

Diante desse contexto, configurada hipótese de concorrência entre circunstâncias uma circunstância agravante e uma atenuante, me valho do que dispõe o art. 67 do CP para dar preponderância à agravante, diante da reincidência penal, da má avaliação personalidade do agente e da valoração negativa dos motivos

determinantes do crime, contudo aumento a reprimenda em apenas mais 3 meses, em virtude da atenuante reconhecida da confissão espontânea, a qual não deve ser ignorada por completo por este juízo. É de bom alvitre esclarecer que esta magistrada sentenciante entende como adequado recrudescer a reprimenda por cada circunstância agravante em pelo menos um nível acima na tabela, o que corresponde a 9 meses em casos de homicídio qualificado, todavia, no caso em tela estou elevando em apenas mais 3 meses e não em 1 nível como ordinariamente faria.

Desse modo, fixo a pena intermediária em 8 (oito) anos de reclusão.

Causas de aumento e diminuição de pena:

Na terceira fase da dosimetria da pena, verifico a presença das causas de aumento de pena específicas previstas no art. 157, §2º, I e II e IV, conforme fundamento alhures, bem como a atinente ao concurso formal previsto no art. 70 do CP.

No tocante ao concurso formal, aumento a pena intermediária de 8 (oito) anos em mais 1/6 (um sexto), o que totaliza 9 anos e 4 meses.

Por sua vez, aumento a pena de um terço em razão do reconhecimento das circunstâncias majorantes do roubo, passando a reprimenda para 12 (doze) anos de reclusão.

Ressalte-se que o aumento na proporção de um terço se justifica, tal como orienta a súmula 423 do STJ.

Portanto, fixo em definitivo a pena em 12(doze) anos de reclusão.

Da pena de multa:

Levando em consideração as circunstâncias judiciais já analisadas, bem como a condição financeira do acusado, o condeno a pagar 200 (duzentos) dias- multa, no valor de um trigésimo do salário mínimo vigente na época do fato (art. 49 do CP).

Do regime inicial de cumprimento de pena

O regime inicial de cumprimento de pena será o fechado, com fundamento no art. 33, §2º, a, do CP, tendo em vista que a pena ora aplicada ultrapassa 08 (oito) anos de reclusão, bem como a reincidência penal.

Consigne-se, por oportuno, que o réu não faz jus à progressão de regime prisional antecipada (detratação objetiva na sentença, art. 387, §2º, do CPP), tendo em vista que não esteve em prisão cautelar em tempo superior a 1/6 da pena aplicada nesta sentença.

Da prisão cautelar

Mantenho a custódia preventiva do acusado nos presentes autos, com fundamento na necessidade de garantia da ordem pública (art. 312 do CPP), tendo em vista que o réu possui retrospecto infracional e teve personalidade avaliada como propensa ao crime, o que denota que eventual retorno à liberdade o conduzirá ao retorno a práticas delitivas. Além disso, permaneceu segregado durante toda a instrução processual e não sobreveio fato que modificasse o entendimento retro a respeito da desnecessidade da custódia cautelar, conforme vem decidindo os tribunais superiores, vejamos o seguinte aresto:

PROCESSUAL PENAL HABEAS CORPUS
SUBSTITUTIVO DE RECURSO. NÃO CABIMENTO.
ROUBO QUALIFICADO. CONCURSO DE AGENTES.
EMPREGO DE ARMA DE FOGO. NEGATIVA DE
RECURSO EM LIBERDADE. MANUTENÇÃO DOS
FUNDAMENTOS DO DECRETO CONSTRITIVO.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, firmou-se no sentido de que o habeas corpus não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, sob pena de desvirtuar a finalidade dessa garantia constitucional, exceto quando a ilegalidade apontada é flagrante, ocasião em que se concede a ordem de ofício.

2. Hipótese em que o juiz sentenciante não permitiu ao paciente recorrer em liberdade, por entender que persistiam os mesmos motivos declarados quando da decretação de sua prisão preventiva.

3. Consoante entendimento do STF (HC n. 89.824/MS) e do STJ (HC n. 184.128/BA), o réu que permaneceu preso cautelarmente durante toda a instrução criminal não tem direito a apelar em liberdade quando remanescem os fundamentos da custódia cautelar. "Noutras palavras, é incompatível com a realidade processual manter o acusado preso durante a instrução

e, após a sua condenação, preservado o quadro fático-processual decorrente da custódia cautelar, assegurar-lhe a liberdade, afinal, assim como já assinalou o Supremo Tribunal Federal, trata-se de situação em que enfraquecida está a presunção de não culpabilidade, pois já emitido juízo de certeza acerca dos fatos, materialidade, autoria e culpabilidade, ainda que não definitivo" (HC 194.700/SP, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, DJe 21/10/2013).

4. In casu, a forma como foi cometido o delito denota a necessidade da segregação provisória para o fim de resguardar a ordem pública, pois o réu praticou o crime em concurso de agentes, com efetiva utilização de arma de fogo, o que demonstra a sua periculosidade e a necessidade da medida constritiva de liberdade para garantia da ordem pública.

5. Habeas corpus não conhecido.

(HC 333.703/MG, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 03/11/2015, DJe 19/11/2015)

Deliberações finais

Condeno o acusado pelas custas processuais (art. 804 do CPP), contudo mantenho a exigibilidade suspensa por até 5 anos, com fundamento no art. 12 da Lei 1.060/50. Deixo de condená-lo na indenização pelos prejuízos causados por ausência de pedido expresso dos interessados.

Expeçam-se CARTA DE GUIA PROVISÓRIA, encaminhando-a, juntamente com os documentos de praxe, ao juízo da execução da pena.

Certificado o trânsito em julgado:

- a) Comunique-se o TRE para os fins de artigo 15, III da CF;
- b) Lance-se o nomes do réu no rol dos culpados;
- c) Emita-se o boletim individual (art. 809 do CPP);
- d) Calcule-se a pena de multa, intimando-se, em seguida o condenado, para seu pagamento, no prazo de dez dias;
- e) Não sendo recolhida a pena de multa, oficie-se à Procuradoria Geral do Estado, encaminhando-lhe cópia da sentença, dando-

lhe ciência do não recolhimento da multa, para os fins de direito;

- f) Recomende-se o réu na prisão em que se encontra, expedindo-se Guia de Recolhimento Definitiva à respectiva VEP (arts. 105 e ss. da Lei nº 7.210/84 – Lei de Execuções Penais) e remetendo-se cópia ao Diretor do estabelecimento prisional onde o réu se encontre recolhidos e ao Conselho Penitenciário do Estado.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Dê-se ciência ao Ministério Público e à Defensoria Pública.

Paulista (PE), 08 de agosto de 2017.

Danielle Christine Silva Melo Burichel

Juíza de Direito

Impresso na Provisual Gráfica e Editora
Utilizando o papel Triplex 250 g na capa,
papel Offset 75g no miolo.
Usando a fonte TimesNewRoman