ISSN Impresso 1809-3280 | ISSN Eletrônico 2177-1758
www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas

DIREITO E LIBERDADE

A VALORAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NA DOSIMETRIA DA PENA

THE ESTIMATION OF THE CIRCUMSTANCES IN THE DOSIMETRY OF JUDICIAL PENALTY

Cleide Roberta Marinho*
Valéria Maria Lacerda Rocha**

RESUMO: Um dos momentos em que se evidencia a complexidade da aplicação da pena se dá na análise dos critérios utilizados para valorar as circunstâncias previstas no artigo 59 do Código Penal e, assim, fixar a pena-base a determinado indivíduo, a fim de efetivar a individualização da pena com base nos princípios fundamentam, o direito de punir, suas finalidades e observância dos direitos constitucionalmente assegurados aos membros da sociedade, incluindo-se os do criminoso, constatando-se que a missão do julgador, embora revele certa discricionariedade, apresenta-se vinculada aos preceitos normativos instituídos, sob pena de nulidade da decisão que venha a prolatar.
Palavras-chave: Constitucional. Penal. Individualização da Pena. Circunstâncias Judiciais.

ABSTRACT: One of the moments when it's highlighted the complexity of implementing the penalty occurs in the analysis of the criteria used to evaluate the circumstances described in the Article 59 of the Criminal Code and thereby set the base penalty for a particular individual, in order to effectuate the individualization of the penalty based on the fundamental principles, the right to punish, the purpose and observance of constitutional rights guaranteed to members of society, including the criminals, noting that the mission of the judge, despite can reveal certain discretion, is linked to the normative precepts imposed, under the penalty of nullity of the decision to be rendered.
Keywords: Constitutional. Criminal. Personalization of penalties. Judicial circumstances.

* Acadêmica do 10º Período do Curso de Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte – UERN. Auxiliar Técnica do Poder Judiciário do Rio Grande do Norte – TJRN. Natal – Rio Grande do Norte – Brasil.

** Especialista em Direito Constitucional pela Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte – ESMARN e Universidade Potiguar – UnP. Professora da Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte – ESMARN e da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte – UERN. Juíza de Direito no Rio Grande do Norte. Natal – Rio Grande do Norte – Brasil.

1 APLICAÇÃO DA PENA

1.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS

O Direito Penal constitui o ramo do direito voltado à proteção dos bens jurídicos mais relevantes para a vida em sociedade. Na definição do ilustre jurista Damásio de Jesus, "atua em defesa da sociedade na proteção de bens jurídicos fundamentais como a vida humana, a integridade corporal dos cidadãos, a honra, o patrimônio etc. A consciência social eleva esses interesses, tendo em vista o seu valor, à categoria de bens jurídicos que necessitam de proteção do Direito Penal para a sobrevivência da ordem jurídica"[1].

Fundamenta-se, assim, no imperativo da convivência harmônica entre os indivíduos e é efetivado pela imposição de sanções a determinados comportamentos humanos.

A ofensa aos bens albergados pelas normas penais é tipificada por estas, definindo-se os delitos, bem como a resposta estatal aos mesmos, por meio da imposição de penas.

A legitimidade do Estado, para impor as sanções penais, é resultante da opção do homem por viver em sociedade, para satisfação de suas necessidades.

Beccaria afirmara que, quando o homem abre mão de parte de sua liberdade, é que se funda o Estado, justificando o seu direito de punir:

"A reunião de todas essas pequenas porções de liberdade constitui o fundamento do direito de punir. Todo exercício do poder que deste fundamento se afastar constitui abuso e não justiça; é um poder de fato e não de direito; constitui usurpação e jamais um poder legítimo. As penas que vão além da necessidade de manter o depósito da salvação pública são injustas por sua natureza; e tanto mais justas serão quanto mais sagrada e inviolável for a segurança e maior a liberdade que o soberano propiciar aos súditos"[2].

1.2 EVOLUÇÃO E FINS DA PENA

A relação entre os indivíduos obrigou, desde os tempos mais remotos,

1 JESUS, Damásio E. de. **Direito penal:** Parte geral. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002. p 6. v. 1.
2 BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martin Claret. 2005. p. 20.

a estipulação de regras de convivência, em razão da diversidade de interesses encontrada em qualquer coletividade. Desta forma, sempre que determinado membro fosse de encontro às normas determinadas para o grupo, atingindo um semelhante ou a comunidade como um todo, deveria ser responsabilizado, penalizado, definindo-se, portanto, a pena como um mal necessário ao qual se recorre para manter-se o equilíbrio das relações sociais.

Inicialmente, a pena possuía natureza essencialmente religiosa, uma vez que se acreditava que, com a aplicação desta, a ira dos deuses era acalmada. Num segundo momento, surgiu o conceito de vingança privada, segundo o qual se justificava a realização da justiça pela parte ofendida o que, como efeito prático, gerava uma cadeia de violência. Após, surgiu a vingança pública, pela qual cabia ao chefe da tribo ou do clã a tarefa de punir, e a esta se seguiu uma evolução histórica quanto às sanções penais, passando-se pelas penas de composição, direcionadas a atingir o patrimônio do infrator, e pelas penas cruéis e desproporcionais aplicadas da Idade Média, cujo fim se deu após a Revolução Francesa, com a transição para um regime garantidor e de mais liberdade. Posteriormente, adotou-se a privação da liberdade e, mais recentemente, as penas restritivas de direito.

Cumpre analisar, no contexto da aplicação destas sanções, as teorias existentes sobre a legitimação da intervenção penal, as quais buscam justificar os fins pretendidos, ao submeter um indivíduo a determinada punição por algum ato praticado, e que seja reprovável perante a sociedade.

Há, desta forma, a Teoria Absoluta ou Retributiva, segundo a qual a pena representa a reação à lesão sofrida por um bem juridicamente tutelado, e deve ser proporcional à lesão provocada; Teoria Relativa ou Preventiva, que reconhece a sanção penal como instrumento de prevenção de delitos, agindo em relação ao autor de uma infração penal e a toda sociedade; e Teoria Eclética, mista ou unificadora, que apresenta características das duas anteriores.

O artigo 59 do Código adotou, de forma expressa, o duplo sentido da pena, a saber, de retribuição e prevenção, ao mencionar que o juiz, com base nas circunstâncias judiciais, "estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime: as penas

aplicáveis dentre as cominadas" [3].

A interpretação do referido dispositivo informa que, no momento da sentença, a pena deve ser aplicada com o sentido retributivo e preventivo.

Para demonstrar a preocupação do legislador, podem-se tomar por base alguns aspectos quanto aos fins da pena reconhecidos pelo ordenamento brasileiro, apontados por Luiz Flávio Gomes[4], que se evidenciam da seguinte forma: no momento em que se elaboram as leis, definindo-se os crimes e respectivas sanções, verifica-se a finalidade preventiva através da intimidação (prevenção geral negativa) ou da observância de determinado bem jurídico, tão relevante que recebeu proteção penal (prevenção geral positiva).

Ao aplicar determinada sanção penal, opera-se a finalidade preventiva geral, ao se confirmar a proteção ao bem violado, a finalidade retribucionista, com a resposta ao crime na medida da culpabilidade do autor, e a função preventiva especial, atenuando o rigor repressivo, dando espaço aos institutos ressocializadores alternativos, como a aplicação de penas substitutivas, concessão de sursis etc.

Na fase da execução, tem-se a regra esculpida no artigo 1º da lei de execução penal, nitidamente voltado à prevenção especial, com a redação 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 ou do internado".

Contudo, tal finalidade se opera apenas formalmente, haja vista que, na prática, se cumpre apenas a função preventiva negativa, com a segregação do indivíduo infrator, sem oportunizar -lhe o devido reingresso no meio social.

2 PRINCÍPIOS RELATIVOS À APLICAÇÃO DA PENA

A aplicação de uma pena a determinado indivíduo não ocorre de maneira livre e arbitrária. Orienta-se por princípios e regras gerais do direito, especialmente do direito penal, estes analisados conjuntamente com

3 BRASIL. **Código Penal Brasileiro**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm>. Acesso em: 10 nov. 2006

4 GOMES, Luiz Flávio. Funções da pena no Direito Penal brasileiro. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 1037, 4 maio 2006. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8334>. Acesso em: 05 nov. 2006.

os aspectos evidenciados no caso concreto, de maneira que a reprimenda estatal deve dar-se de forma proporcional ao fato criminoso praticado, sendo suficiente e necessária ao alcance do fim retributivo da pena e, ainda, possibilitando a devida reintegração do agente criminoso ao seio social, e à redução da criminalidade de maneira geral (função preventiva da pena).

Conforme leciona Armando Lúcio Ribeiro "nenhum princípio informativo do direito, o que equivale dizer, nenhum direito pode existir ou mesmo ser exercido sem se levar em consideração outros princípios ou direitos contrapostos" [5].

Assim, ao se considerarem quaisquer disposições legais devem-se, obrigatoriamente, fazê-lo observando-se a integridade do ordenamento jurídico, a relação harmônica entre as normas.

Tal afirmativa se evidencia nos diversos ramos da ciência jurídica e deve ser igualmente observada quando da aplicação de uma sanção penal, cabendo ao magistrado orientar-se em conformidade com espírito das normas e sua adequação ao caso concreto.

Francisco de Assis Toledo, ministro aposentado do Superior Tribunal de Justiça e advogado, bem define a tarefa de um julgador ao se defrontar com um ilícito penal e, por conseguinte, com a necessidade de uma reprimenda estatal fundada nos princípios juridicamente estabelecidos:

> O legislador estabelece as sanções passíveis de serem aplicadas aos acusados de infração penal e estabelece parâmetros para a fixação judicial da pena, em concreto. Dentro desses parâmetros, goza o juiz de relativa liberdade. Todavia, nessa importantíssima tarefa de estabelecer, em cada caso, as conseqüências jurídico-penais de determinado crime, em concreto, o juiz, além das regras legais preestabelecidas, não pode deixar de observar certos princípios fundamentais, expressos ou implícitos no ordenamento jurídico[6].

Há, no ordenamento jurídico brasileiro, diversos princípios que orientam a compreensão das normas penais, expressando os fundamentos

5 RIBEIRO, Armando Lúcio. **Anotações de Processo Penal**. Mossoró, 2006. p. 25. v. 1515. (Série: Coleção Mossoroense C).

6 TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios que regem a aplicação da pena**. Disponível em: <http://www.cjf.gov.br/revista/numero7/artigo1.htm>. Acesso em: 23 nov. 2006.

de um Estado Democrático de Direito, no qual se tem por valores fundamentais a dignidade da pessoa humana e a justiça social. Considerada a diversidade encontrada na doutrina, aqui trataremos dos princípios da legalidade, isonomia, proporcionalidade, responsabilidade pessoal, culpabilidade, humanidade e, especialmente, individualização da pena.

2.1 LEGALIDADE

Explicitamente previsto no texto constitucional, artigo 5º, XXXIX, bem como no Código Penal, artigo 1º, com a redação "não há crime sem lei anterior que o defina; não há pena sem prévia cominação legal"[7].

Sinteticamente, este princípio dispõe que inexiste crime ou pena sem lei, "estabelecendo que só as leis – e não a moral ou outras fontes externas – podem dizer o que é o delito" [8] e, igualmente, as sanções que a estes são aplicáveis.

Trata-se, pois, de norma que visa a garantir a segurança jurídica e que regula a atividade do juiz que, ao aplicar uma pena, deverá pautar-se nos bens penalmente tutelados, cujos limites tenham sido previamente impostos pelo legislador, em ordem a garantir a proteção individual em face da atuação do Estado.

2.2 ISONOMIA

O princípio da isonomia, também denominado de princípio da igualdade, é extraído da disposição segundo a qual "todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza", contida no artigo 5º, caput, a Constituição Federal.

Para Guilherme de Sousa Nucci, tal princípio fundamenta-se na necessidade de adequar as disposições legais aos seus destinatários, tomando por base as diferenças entre estes, o que afasta a aplicação de modo objetivo, matemático, pelo que afirma:

7 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br / ccivil_03/ Constituicao / Constituiçao.htm>. Acesso em: 05 nov. 2006.

8 BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 4. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 55.

> A igualdade perante a lei, portanto, é um princípio que se volta ao legislador e ao aplicador do direito, determinando ao primeiro a construção de um sistema de normas viáveis de modo a garantir, no momento da aplicação, que as diferenças naturais entre os destinatários dessas normas sejam respeitadas, viabilizando a concretização da isonomia[9].

Ainda acerca do tema, especificamente a aplicação da pena, o autor refere que "os réus são iguais perante a lei, mas tratados por esta desigualmente, quando em posição de desigualdade".

Logo, ao considerar o princípio da igualdade ou isonomia, cabe ao aplicador da lei, a observância dos indivíduos e de suas particularidades, em ordem a atenuar as desigualdades e efetivar a finalidade de justiça pretendida pela norma.

2.3 PROPORCIONALIDADE

Cuida o princípio da proporcionalidade de equilibrar as sanções penais às ofensas praticadas contra os bens guardados pelo direito penal, a fim de que se tenha a justa correspondência entre a lesão provocada e a punição dela decorrente.

É também denominado, por parte dos doutrinadores, entre os quais Damásio de Jesus, de princípio da proibição do excesso, o que denota a intenção de se atribuir resposta estatal na medida do dano causado pelo indivíduo.

Verifica-se o campo da análise da proporcionalidade das penas, quando da elaboração das leis, que definem os tipos penais e suas respectivas sanções, bem como ao se aplicar a pena na situação fática, no que atua o magistrado de forma a definir, dentro do intervalo estipulado, a pena que corresponda à culpabilidade do agente.

2.4 RESPONSABILIDADE PESSOAL

"XLV – nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos

9 NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 38.

termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido"[10];

O trecho constitucional acima transcrito informa que a sanção penal aplicada a determinado indivíduo não lhe o ultrapassa a pessoa. Tal princípio resulta de um processo de evolução histórica que afastou a responsabilização de terceiros pela conduta do agente criminoso, de forma a responsabilizar apenas o autor da infração penal. Cabe salientar, contudo, os efeitos civis de uma sentença condenatória - a reparação do dano causado e a perda de bens ilicitamente adquiridos - expressamente previstos na legislação, podem vir a alcançar os herdeiros do condenado, respeitados os limites do patrimônio que lhes é transferido.

2.5 CULPABILIDADE

Pelo princípio da culpabilidade, exige-se que o agente, ao praticar determinada conduta, o faça de forma intencional, caracterizando o dolo; ou tenha faltado com o dever de cuidado, incidindo em culpa, para que lhe seja imposta uma sanção penal.

Busca, portanto, o respeito à dignidade da pessoa humana, uma vez que afasta a responsabilidade objetiva e visa à justa sanção pela violação causada, como refere Edmundo Manoel Santana, advogado e professor de processo penal do Centro Educacional Integrado de Campo Mourão-PR:

> Com isso, esta concepção do Princípio da Culpabilidade, que busca a exata medida da penalização, representa uma garantia ao próprio condenado de que a sanção a ele aplicada não será superior ao justo limite de sua culpabilidade, considerando-se a extensão e a proporcionalidade da conduta ofensiva ao bem jurídico penalmente tutelado[11].

A culpabilidade do indivíduo é analisada em diversas fases da aplica-

10 Artigo 5º XLV da Constituição Federal.

11 SANTANA, Edmundo Manoel. **O princípio a culpabilidade como limite constitucional a aplicação da responsabilidade penal**. Disponível em: <http://www.revista.grupointegrado.br/dicursouridico/include/getdoc.php?d =42& article=10& mode =pdf>. Acesso em: 25 nov. 2006.

ção da pena. Inicialmente, para caracterizar uma conduta como criminosa, servindo de base à imposição da reprimenda por parte do Estado, e, após, para delimitar, com fundamento nos elementos encontrados no caso em concreto, em que medida o agente deverá ser punido; em razão do que se tratará reiteradas vezes deste tema ao longo do presente trabalho.

2.6 HUMANIDADE

Também pautado na dignidade da pessoa humana, e tendo em vista o caráter ressocializador da pena, o princípio da humanidade tem por escopo a aplicação das sanções penais sem que sejam praticados excessos ou arbitrariedades, por meio da proibição de penas cruéis, de morte e da garantia de integridade do preso, tanto física quanto mental.

Assim, se a ação do Estado, ao aplicar as sanções penais, é legítima, impondo-as com a intenção de manter o equilíbrio da vida em sociedade, só pode ser assim considerada se for efetivada, observando-se o respeito e o digno tratamento do infrator que, embora tenha agido contrariamente ao ordenamento, é parte integrante deste, estando, portanto, por ele também protegido.

Paganella Boschi salienta a importância de o magistrado considerar este princípio ao atribuir uma pena específica:

> O juiz criminal, ao individualizar as penas na sentença, deve fazê-lo, portanto, imbuído, sempre, desse sentido de humanidade. Sem ele, as penas voltarão a ser o "mal" contra o crime, como propunham os clássicos, desprovidas de finalidades construtivas ou integradoras[12].

É também decorrente deste princípio a vedação constitucional às penas de caráter perpétuo, de trabalhos forçados ou cruéis, contidas no artigo 5º, XLVII da Carta Magna, bem como a garantia de respeito à integridade física e moral do indivíduo aprisionado, expressa no inciso XLIX do mesmo artigo.

12 BOSCHI, Paganella, Op. cit., p 55.

2.7 INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

Norma de eficácia contida, insculpida no artigo 5º, XLVI da Constituição Federal, o princípio da individualização da pena, conforme definição acima, objetiva, em consonância com os demais princípios relativos à sanção penal, a imposição de medida própria a cada indivíduo e lesão penal provocada no seio da sociedade, buscando o devido equilíbrio entre o poder de punir, do Estado, e o direito fundamental do homem a sua liberdade.

Dá-se aqui acentuada importância ao estudo de tal princípio, visto que a disposição do artigo 59 do Código Penal, ao definir as circunstâncias a serem consideradas pelo julgador, ao escolher a sanção e a forma de aplicação desta, e cuja análise representa o objetivo deste trabalho, expressa o objetivo constitucional de individualizar a sanção penal a ser submetida ao infrator:

> Por individualização da pena entende-se a fixação, no caso concreto, de sanção penal que guarde proporcionalidade com a gravidade do delito e permita, ao juiz, a verificação de todas as nuances e circunstâncias relativas ao crime e ao criminoso. É possível, portanto, falar em individualização abstrata, quando da previsão legal da sanção, comparando-se a lesividade daquele crime com outros e fixando o intervalo de apenação e em individualização concreta, a saber, a aplicação da pena para o caso determinado submetido a julgamento, verificando-se o comportamento, antecedentes e motivação do agente, as circunstâncias da execução do crime, o comportamento da vítima, etc. Pela individualização abstrata, não é possível que todos os crimes tenham a mesma pena; pela individualização concreta, não é possível que todas as pessoas que cometeram o mesmo tipo de crime tenham sempre a mesma pena[13].

De tal maneira, o princípio da individualização da pena consiste na resposta estatal de tendo em consideração as especificidades do caso concreto e do agente a fim de infligir justa sanção o transgressor de uma norma de caráter penal.

13 CARLOS, Luis. **O princípio constitucional da individualização da pena**. Disponível em: <http://luiscarlos.sites.uol.com.br/ aula4.htm>. Acesso em: 24 nov. 2006.

3 CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS

3.1 CONCEITO E DEFINIÇÃO LEGAL

Com base nos princípios que orientam a aplicação da pena, já acima expostos, especialmente no de individualização da pena e em conformidade com as normas constitucionais, o legislador brasileiro previu uma série de dispositivos referentes ao processo que objetiva a imposição de uma reprimenda estatal em face da violação das normas de direito penal, por uma pessoa, especificamente.

Pelo ordenamento vigente, assim, ao individualizar a aplicação de uma pena, impondo-a de maneira proporcional e eficaz a determinado indivíduo, deve-se obedecer a um método que compreende três fases, pelo qual, conforme redação o artigo 68 do Código Penal, "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."

Tem-se como benefício da utilização deste método de aplicação de pena o fato de se apresentarem mais detalhadas as razões do magistrado, ao escolher e aplicar a sanção em determinada medida.

Busca-se a análise de todas as particularidades do fato concreto, a fim de que a pena quantificada e imposta venha a proporcionar, efetivamente, a retribuição e a prevenção necessárias em decorrência do ilícito penal praticado.

Juliana de Andrade Colle, advogada e professora de Direito Penal em Curitiba, bem sintetiza a utilização do sistema trifásico de aplicação da pena:

> Na primeira delas, avaliam-se as circunstâncias chamadas "judiciais", constantes do caput, do artigo 59, do Código Penal: culpabilidade, antecedentes, conduta social e personalidade do sentenciado; motivos, circunstâncias e conseqüências da infração pena; e, ainda, comportamento da vítima. Fixa-se, assim, como alicerce nessa apreciação, a pena-base, que servirá de ponto de partida para a próxima fase.
> Por ocasião da segunda etapa, o Juiz aumenta ou diminui a pena-base, conforme exista, in casu, alguma(s) circunstância(s)

> agravante(s), prevista(s) nos artigos 61 e 62 do Código Penal, ou atenuante(s), prenunciada(s) nos artigos 65 e 66 do mesmo codex, chegando, dessa forma, a uma pena provisória. Finalmente, na terceira fase dosimétrica, partindo o Magistrado dessa pena provisória, aumenta-a ou a diminui, de acordo com a constatação da ocorrência de causa(s) especial(is) de aumento ou de diminuição da pena, previstas em diversos dispositivos da Parte Geral do Código Penal, e, ainda, nos próprios tipos penais. Determina, assim, a pena definitiva a ser cumprida pelo condenado[14].

Tratar-se-á aqui da primeira fase de aplicação da sanção penal, que consiste na definição da pena-base. Utilizando a definição trazida por Adalto Dias Tristão[15], temos que a pena-base, "é chamada, também, de apenamento ou sanção básica, que serve de marco para se chegar ao apenamento definitivo". Isto porque, a partir dela, incidem as circunstâncias agravantes e atenuantes, bem como as causas de aumento e diminuição de pena.

Preceitua o artigo 59 do Código Penal: "O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime".

Por meio do referido artigo, portanto, explicitou-se uma série de elementos a serem apurados e considerados pelo magistrado, ao quantificar a sanção. Tais elementos são doutrinariamente definidos como circunstâncias judiciais.

A denominação resulta exatamente do fato de caber ao juiz a valoração de cada um dos elementos ali discriminados, encontrando-se, na doutrina, diversos métodos informativos quanto ao devido modo de aferição das circunstâncias elencadas no artigo 59 do Código Penal.

Há autores que consideram que as circunstâncias judiciais possuem conteúdo valorativo divergente, conforme a natureza subjetiva e objetiva.

14 COLLE, Juliana de Andrade. Critérios para a valoração das circunstâncias judiciais (art. 59, do CP) na dosimetria da pena. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 572, 30 jan. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6232>. Acesso em: 20 nov. 2006.

15 TRISTÃO, Adalto Dias. **Sentença criminal**: prática de aplicação de pena e medida de segurança. 6. ed. rev. atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p 39.

As primeiras dizem respeito aos antecedentes, à conduta, à personalidade e aos motivos do crime, e as segundas, às circunstâncias do crime, às conseqüências e ao comportamento da vítima, atribuindo maior valor às de natureza subjetiva. Para outros, a culpabilidade representa a síntese das demais circunstâncias. Por fim, há os que consideram que as circunstâncias têm o mesmo valor individualmente, sendo necessário atribuir uma espécie de porcentagem a cada uma para definição do quantum de pena a ser fixado, sendo esta a percepção, por exemplo, de Mario Helton Jorge, ao defender que "todas as oito circunstâncias devem ser valoradas e motivadas pelo julgador, sob pena de nulidade (art. 93, IX, da CF). Assim considerando, pode-se afirmar que cada circunstância judicial pode elevar a pena mínima em até 1/8 da variação prevista no tipo penal"[16].

Respeitados os diversos posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais, percebe-se a complexidade da atuação do magistrado, cujo dever compreende uma valoração subjetiva de alguns fenômenos ligados ao processo, definidos como circunstâncias judiciais, a ser desenvolvida discricionariamente, contudo, com amparo nas normas que fundamentam o ordenamento jurídico vigente, especialmente as de natureza constitucional, sob pena de nulidade de sua decisão.

Boschi resume o processo de valoração das circunstâncias judiciais e sua importância:

> A valoração da circunstância judicial – que outra coisa não é senão o processo de determinação da respectiva carga de valor, positiva ou negativa – exige fundamentação minuciosa porque só assim, como lembra Alberto Franco, "será possível controlar o processo mental do juiz, na atividade concretizadora da pena, para a localização e individualização de eventuais erros[17].

Portanto, a partir dos critérios postos na lei penal, deve o julgador aplicar uma pena que seja individualizada, necessária e suficiente para promover a reprovação ou punição do autor do crime, pelo fato de ter delin-

16 JORGE, Mário Helton. A quantificação da pena em face das circunstâncias. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 285, 18 abr. 2004. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5095>. Acesso em: 09 nov. 2006.

17 BOSCHI, Op. cit. p 189.

qüido; a prevenção, geral e especial, objetivando, respectivamente, desestimular a prática delituosa nas outras pessoas, pelo temor da punição, e fazer com que o agente não volte a praticar delitos. Além do fato da obediência harmônica e obrigatória aos princípios que orientam a sanção penal, como o da humanidade e o da proporcionalidade.

3.2 ESPÉCIES DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS

3.2.1 Culpabilidade

Ao se analisar a culpabilidade como circunstância judicial, cumpre inicialmente diferenciar o sentido aí compreendido dos demais expressos no Direito Penal. Isto porque a culpabilidade corresponde ao fundamento, ao limite e à graduação do direito de punir.

Para proceder a tal diferenciação, considere-se o que disserta Luiz Flávio Gomes:

> Em todas as situações em que o agente não pode ser reprovado porque não tinha como agir de modo diferente (inimputabilidade, erro de proibição, coação moral irresistível, obediência hierárquica, inexigibilidade de conduta diversa como causa supralegal etc.), jamais pode o juízo de censura ser positivo. E se o juízo de reprovação é negativo, fica excluída a culpabilidade (como fundamento da pena). Logo, não se fala em pena (muito menos em sua graduação).
> Do exposto infere-se o seguinte: (a) a culpabilidade como fundamento da pena tem como "objeto" a exigibilidade de conduta diversa; (b) como limite da pena tem como "objeto" todas as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP e (c) como fator de graduação da pena tem como "objeto" a posição do agente frente ao bem jurídico protegido[18].

Logo, o termo culpabilidade, contido no artigo 59 do Código Penal, deve ser entendido como o elemento de graduação da pena, da intensidade

18 GOMES, Luiz Flávio. **Funções da pena e da culpabilidade no direito penal brasileiro**. Disponível em: <www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20041008161904415> Acesso em: 10 dez. 2006.

de reprovação merecida pela ação ou omissão do réu.

Nesse contexto, a atitude que o agente exterioriza com a prática delituosa, seguindo o ensinamento do autor supracitado, é a de menosprezo, no caso do dolo direto; de indiferença, tratando-se de dolo eventual; ou de descuido, quando verificada a culpa.

A culpabilidade atuará de forma a aferir a intensidade da reprovação do ato praticado pelo indivíduo criminoso e, assim, dosar a pena a lhe ser submetida, tendo como pressuposto a liberdade de decisão do indivíduo.

Ocorre que não raras são as vezes em que se verifica a impropriedade do termo e de sua fundamentação na dosimetria da pena, agindo o magistrado de forma imprecisa quando, ao considerar a culpabilidade como circunstância judicial, a analisa como pressuposto para a condenação. Entretanto, na prolatação da sentença condenatória não mais se questiona se a conduta do réu fora ou não reprovável perante a sociedade, mas em que medida se deu a ofensa, a fim de que se atribua uma sanção a esta correspondente, devendo sempre o magistrado expor os dados concretos que lhe formaram o convencimento.

Conforme Paulo Queiroz, professor do Centro Universitário de Brasília e Procurador Regional da República "trata-se, enfim, de concretizar o princípio da proporcionalidade - que atravessa todo o ordenamento jurídico -, segundo o qual de quem se pode exigir mais se deve castigar mais, de quem se pode exigir menos se deve castigar menos"[19].

Os elementos que deverão orientar o julgador quanto à censura do delito cometido são o potencial conhecimento da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa, uma vez que, ao prescrever as normas, espera-se que todos os membros da sociedade a estas se submetam, vivendo e atuando conforme os preceitos por elas estabelecidos. Portanto, ao praticar um crime, o indivíduo frustra tal expectativa, por ter adotado postura contrária à prevista em lei, mesmo lhe sendo determinado comportamento diverso.

Celso Delmanto afirma que a culpabilidade diz respeito ao grau de reprovabilidade da conduta do agente "não só em razão de suas condições pessoais, como também em vista da situação de fato em que ocorreu a indigitada prática delituosa, sempre levando em conta a conduta que era

19 QUEIROZ, Paulo. Erros freqüentes na aplicação da pena. **Jus Vigilantibus**, Vitória, 28 jun. 2005. Disponível em: <http://jusvi.com/doutrinas_e_pecas/ver/16151>. Acesso em: 9 nov. 2006.

exigível do agente, na situação em que o fato ocorreu" [20].

Em razão do exposto, faz-se necessário averiguar o grau de reprovação referente a tal conduta, tendo em consideração todos os elementos que contribuíram para a ocorrência do fato criminoso.

Diante disso, diversos doutrinadores, entre os quais Guilherme de Souza Nucci, definem a culpabilidade como resultante da análise das demais circunstâncias judiciais.

Há autores, ainda, que consideram que a culpabilidade, para fins do artigo 59 do CP, corresponde às antigas expressões de intensidade de dolo e grau de culpa, devido à idéia de graduação evidenciada. Respeitados os posicionamentos contrários, pactuamos de tal entendimento, uma vez que assim se revela o exame da conduta do agente, de forma a graduar em que medida pretendia produzir o resultado criminoso, ou deixou de cumprir o dever de cuidado legalmente estabelecido.

Cumpre reconhecer, entretanto, uma acentuada dificuldade em se estabelecer um julgamento acerca do grau de reprovabilidade do ilícito, ou da conduta do agente em relação ao bem jurídico, em razão dos princípios e ideologias próprias do magistrado, e que, por vezes, poderão atuar de forma desfavorável ao delinqüente. De modo que se torna difícil que, ao se colocar na situação do agente, o julgador faça uma avaliação da culpabilidade sob a ótica deste, avaliando precisamente como poderia agir de outra maneira ou posicionar-se de modo a evitar a lesão ou ameaça do bem jurídico penalmente protegido.

Como erros freqüentes, quanto à valoração da culpabilidade, podem ser apontados a omissão do juiz, utilizando-se de fórmulas vagas e genéricas; referência à gravidade da infração, já tendo sido esta considerada para a definição do tipo e, conseqüentemente dos limites da pena; repetição do juízo de constatação, referindo o magistrado que o réu "agiu com culpabilidade"; repetição dos fundamentos das demais circunstâncias; utilização de fatores que constituem ou qualificam o delito, entre outros.

3.2.2 Antecedentes

Os antecedentes de determinada pessoa correspondem aos fatos cri-

20 DELMANTO, Celso. **Código Penal Comentado**. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, [s.d.]. p. 110.

minais que permearam o seu passado, precedendo, portanto, a prática do delito sob apuração em determinado momento.

Mario Helton Jorge apresenta a seguinte definição:

> Consideram-se antecedentes todos os fatos ou episódios da vida anterior do réu, próximos ou remotos, bons ou maus, que possam interessar de qualquer modo a avaliação subjetiva do crime, porque repercutem na punibilidade. Assim, os antecedentes são fatos que registram o comportamento anterior do réu, fazendo parte integrante de sua história de vida e já não podem ser modificados, apenas conhecidos e avaliados, sempre na perspectiva do crime que está em julgamento. Serão bons ou maus, de acordo com a sua maior ou menor concordância com os preceitos de conduta aceitos, mais ou menos importantes, quanto maior a sua relação com o crime[21].

Interessa, assim, ao se determinar a quantidade de pena a ser aplicada ao infrator, apurar o envolvimento pretérito deste em delitos, a fim de se verificar se está se tratando de fato isolado na vida do agente, ou em que proporção este está contido no campo da criminalidade.

Dois aspectos principais devem ser considerados, ao se investigarem os antecedentes de um indivíduo para fins de aplicação da pena. Inicialmente, a definição do que é considerado um mau antecedente, tendo em vista o princípio constitucional de presunção de inocência ou da não-culpabilidade. Após, a distinção entre antecedentes criminais negativos e reincidência, com a finalidade de evitar dupla apreciação de determinada circunstância e ocorrência de violação ao princípio "non bis in idem".

Quanto aos elementos que devem ser considerados como antecedentes criminais, há divergentes posicionamentos na doutrina e jurisprudência pátria.

Fernando Capez reconhece a possibilidade de reconhecer feitos em desfavor do agente, ainda em curso, como caracterizadores de maus antecedentes[22]. Entretanto, conforme referido pelo eminente ministro, os mais recentes posicionamentos do STJ têm sido no sentido de que não se faz possível

21 JORGE, Mario Helton. **Erros de atividade e de julgamento e suas consequências**. Disponível em: <http://www.mundolegal.com.br/?FuseAction=Doutrina_Detalhar&did=21272>. Acesso em: 18 nov. 2006.

22 CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 3. ed. São Paulo : Saraiva, 2001. v.1. p. 429.

considerar feitos policiais ou judiciais em curso, para efeito de majoração da pena de determinado réu, em função do princípio constitucional de presunção de inocência, segundo o qual apenas com sentença transitada em julgado pode-se considerar uma pessoa culpada por determinada prática delituosa.

No que pertine à reincidência, é de amplo conhecimento que o momento de sua aferição se dá na segunda fase de dosimetria da pena, uma vez que corresponde à circunstância agravante (art. 61, I, do CP).

Juliana de Andrade Colle, interpretando as normas determinantes da reincidência, explica que:

> Será reincidente aquele que, na data em que praticou o crime que se está julgando, já possuía condenação definitiva (transitada em julgado) por outro crime anterior (art. 63, do CP). Todos aqueles em situação diversa desta podem ser considerados não reincidentes. Também serão não reincidentes aqueles que possuírem, na data do delito, condenação definitiva por crime militar próprio ou político (art. 64, II, do CP) e aqueles em que decorreu lapso de tempo superior a cinco anos entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração que se está julgando (em razão do período qüinqüenal depurador da reincidência, art. 64, I, do CP)[23].

Desta forma, enquadrando-se a prática delitiva reiterada nos parâmetros acima especificados, será utilizado para majorar a pena a ser aplicada, por ocasião da análise das circunstâncias agravantes e não judiciais.

A autora cita, no mesmo artigo, o método utilizado por Maria Fernanda de Toledo Rodovalho Podval para caracterizar os antecedentes criminais, através de um processo de eliminação de possibilidades.

Através de referido processo, eliminam-se do campo de abrangência dos antecedentes os feitos policiais, os processos judiciais em andamento, ou cuja sentença ainda não tenha transitado em julgado, as condenações anteriores por crimes militares próprios e por crimes políticos – que não geram reincidência, os fatos praticados pelo infrator antes de atingir a maioridade penal, as condenações cujo cumprimento da pena ou extinção conte

23 COLLE, Op. cit.

com lapso temporal superior a cinco anos – pois excluem a reincidência, as propostas aceitas de suspensão condicional do processo e de transação penal – que não geram condenação, os acordos civis extintivos da punibilidade e a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva do Estado.

Seriam compreendidos como antecedentes criminais apenas as condenações por contravenção anteriores ao fato criminoso em apuração, e as correspondentes a crimes cometidos antes deste, cujo julgamento tenha-se dado após o mesmo ou, sinteticamente, as condenações com trânsito em julgado que não sirvam para caracterização da reincidência.

3.2.3 Conduta Social

Aspecto relevante quanto à valoração da conduta social é apontado por Túlio Lima Vianna, ao afirmar que a conduta social, bem como a personalidade do agente "somente poderão ser analisadas para diminuir a pena do réu, pois o seu uso para aumentar a pena constitui flagrante violação do princípio constitucional da legalidade consagrado no art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal"[24], uma vez que, em seu entendimento, o preceito constitucional, ao determinar a prévia existência de crime definido em lei e respectiva pena, afasta a possibilidade de se punir mais gravemente um indivíduo em razão do seu comportamento em situações externas ao fato delituoso.

Com a devida vênia, acreditamos, seguindo entendimento de doutrinadores como Guilherme de Souza Nucci, na pertinência da valoração tanto positiva quanto negativa da conduta social do réu para dosagem da reprimenda a lhe ser imposta.

José Eulálio Figueiredo de Almeida ensina que o julgador deve valer-se dos elementos colacionados aos autos para mensurar:

> A vocação do acusado para o trabalho ou para a ociosidade; a afetividade do mesmo para com os membros que integram a sua família, ou o desprezo e indiferença que nutre por seus parentes; o prestígio e a respeitabilidade de que goza perante as pessoas do seu bairro ou da sua cidade, bem como o índice

24 VIANNA, Túlio Lima. Roteiro didático de fixação das penas. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 62, fev. 2003. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3733>. Acesso em: 07 jan. 2007.

> de rejeição de que desfruta entre os que o conhecem socialmente; o seu entretenimento predileto […] ou se prefere a companhia constante de pessoas de comportamento suspeito e freqüenta, com habitualidade, locais de concentração de delinqüentes, casas de tolerância, lupanares ou congêneres; o seu grau de escolaridade, tal como a assiduidade e a abnegação pelo estudo ou o desinteresse pelo mesmo, assim como o respeito e o relacionamento com funcionários, professores e diretores do estabelecimento escolar.[25]

Mostra-se salutar a verificação dos aspectos familiares, laborais, religiosos, enfim, o modo como o sujeito criminoso é tido no meio em que vive, em seus vários setores de relacionamento.

É bem verdade que, na grande maioria dos processos judiciais, não se agrupam elementos capazes de permitir ao magistrado a correta visualização da conduta social do réu, seja pela ausência de provas produzidas nesse sentido, seja pela precariedade de elementos trazidos aos autos, que geralmente se resumem ao boletim de vida pregressa fornecido pela autoridade policial, no qual são prestadas informações genéricas a respeito do acusado.

Necessitar-se-ia de uma digressão mais profunda na busca do papel desempenhado pelo réu no meio em que está inserido, a exemplo do que acontece na Justiça da Infância e Juventude, com a realização de estudo social. Com efeito, não há a efetivação da busca da verdade real para se apurar o passado do réu.

Yvana Savedra de Andrade Barreiros salienta as dificuldades de o juiz absorver a real forma em que o agente criminoso se encontra inserido no meio social:

> Para que houvesse uma razoável percepção da conduta social do acusado, aqui também seria preciso que o magistrado fizesse sua valoração a partir da perspectiva do réu, tentando entender, entre outras coisas, a realidade a que ele pertence, as suas dificuldades, em que condições vive, para então saber se, dentro das possibilidades que a realidade do acusado permite, a sua conduta social é adequada ou não[26].

25 ALMEIDA, José Eulálio Figueiredo. **Sentença Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p 74.

26 BARREIROS, Yvana Savedra de Andrade. Comentários ao art. 59 do Código Penal. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 1201, 15 out. 2006. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id= 9044>. Acesso em: 08 nov. 2006.

Como forma de propiciar uma melhor apreciação pelo magistrado, ainda que não exaustiva, cabe às partes proceder à escolha de testemunhas que possam prestar informações pertinentes, de modo que sejam trazidos aos autos os dados necessários à devida valoração dessa circunstância.

Outra providência eficaz, em relação, para aferir a conduta social do acusado, seria a realização de um estudo social do mesmo, a fim de avaliar o meio em que ele se encontra inserido, e a correspondência entre ele e o seu comportamento.

César Roberto Bitencourt aponta, ainda, para a possibilidade de ser considerado, na análise da conduta social, o fato de o réu ter contra si outros feitos criminais, ainda não julgados, sem que isto constitua violação ao princípio da presunção de inocência, argumentando que a existência desses mesmos feitos não pode ser desprezada, em virtude de o réu ser primário e apresentar bons antecedentes[27].

3.2.4 Personalidade do Agente

Para Guilherme de Souza Nucci, a personalidade consiste no "conjunto de caracteres exclusivos de uma pessoa, parte herdada, parte adquirida"[28], sendo por ele citados, como exemplos de tais caracteres determinantes da personalidade, a agressividade, a preguiça, a frieza emocional, a bondade, a passionalidade, entre outros. Correspondem, assim, à reunião de elementos externos e internos que compõem o modo de agir de determinada pessoa.

Levam-se em consideração, para exame desta circunstância, o caráter do agente, sua índole, a moral, se houve frieza ao cometer o crime, se está arrependido, enfim, elementos de cunho notadamente subjetivo.

Em que pesem as dificuldades para mensuração, tem sido buscada a definição de parâmetros do elemento personalidade para graduação da pena-base a ser imposta.

Importante delimitar o campo de atuação do magistrado, que, de modo algum, abrange diagnósticos de patologias ou outras atividades peculiares de um especialista. Até porque, se houver percepção de algum desvio

27 BITENCOURT, César Roberto. **Tratado de direito penal:** parte geral. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 703.
28 NUCCI, Guilherme de Souza, Op. cit., p 205.

psicológico por parte do réu, instaurar-se-á incidente de insanidade mental, podendo aplicar-se uma medida de segurança em lugar da pena ou, ainda, considerar uma diminuição na culpabilidade do agente em decorrência de apresentar discernimento reduzido.

A crítica feita por alguns doutrinadores se refere à possibilidade de graduação penal, em virtude do que a pessoa é ou pensa, e não do que tenha feito. Entretanto, conforme argumenta Nucci, não é esta a interpretação correta do fato de examinar a personalidade do agente para a graduação da pena, uma vez que não é a definição desta o fundamento da existência de crime e, conseqüentemente, de sua condenação, mas critério utilizado justamente para evitar a padronização das penas.

Para fins de apuração da personalidade do agente, o juiz irá valer-se do seu contato pessoal com o réu, das informações prestadas pelas testemunhas, laudos psiquiátricos ou quaisquer elementos que denotem, fundamentadamente, o modo de ser do autor do delito.

Contudo, se, da observação dos autos, for percebida carência de elementos que apontem para a definição da personalidade do agente, o juiz deverá deixar de utilizar tal circunstância para aumento da pena a ser imposta, ou poderá determinar a produção de provas nesse sentido, como, por exemplo, a realização de análise do réu por profissional especializado.

3.2.5 Motivos do Crime

Entende-se por motivos de um crime o conjunto de situações psíquicas que levam um indivíduo a praticar determinado ilícito penal, de maneira que o magistrado deve, ao analisar essa circunstância, aferir a razão que fundamentou a prática delitiva, objetivando a identificação do porquê do delito praticado, e em que medida as causas que impulsionaram o agente são reprovadas pela sociedade.

Importante salientar a diferença entre os motivos do crime e o elemento subjetivo do tipo. Estes se referem ao crime abstratamente definido, preenchendo o tipo penal, de acordo com a livre vontade de produzir o resultado ou assumir o risco de sua produção (dolo), ou com a falta de

cuidado objetivo que produza resultado não desejado, a previsível (culpa). Aqueles cuidam da diversidade de causas e finalidades específicas do caso concreto, apresentadas nas variadas formas, de acordo com as intenções e sentimentos individuais.

Conforme explanado por Mario Helton Jorge, ao se buscar a motivação que determinou a conduta do indivíduo, "deve-se indagar acerca da natureza e da qualidade dos motivos que levaram o agente a praticar a infração penal". Não se trata, portanto, de analisar a intensidade de dolo ou culpa, mas de descobrir se a qualidade da motivação do agir do agente merece mais ou menos reprovação.[29]

Também não se confunde a motivação de um delito com o seu objetivo. Neste sentido, é clara a diferenciação feita por Yvana Savedra de Andrade Barreiros, ao afirmar que "motivo é o elemento psicológico que propulsiona a conduta, respondendo a um questionamento do tipo por quê?, objetivo é o fim a ser atingido pelo agente com a prática da conduta e que, por sua vez, responde a um questionamento do tipo para quê?"[30]

Paganella Boschi ressalta que "a motivação pode integrar a própria definição típica, e, por isso, o juiz, ao apreciá-la, ao fixar a pena-base, precisará ter o cuidado de registrá-la para não violar a regra do non bis in idem, que proíbe a dupla incidência da mesma causa."[31] O mesmo raciocínio deve ser feito quando a motivação for prevista como causa de aumento ou diminuição da pena ou circunstância agravante ou atenuante, em razão do caráter residual que possuem as circunstâncias judiciais.

3.2.6 Circunstâncias do Crime

Compreendem-se como circunstâncias de um crime todos os fatores que se relacionam com o fato criminoso, embora não previstos no tipo penal, sendo assim considerados acessórios ou acidentais. São as peculiaridades percebidas no caso concreto que envolvem o lugar do crime, o tempo de sua duração, a relação entre autor e vítima, a postura adotada pelo infrator durante a realização

29 JORGE, Mario Helton, Op. cit.
30 BARREIROS, Yvana Savedra de Andrade, Op. cit.
31 BOSCHI, Paganella, Op. cit., p 213.

da empreitada criminosa, a insensibilidade e o arrependimento do agente.

Aqui cabe o mesmo cuidado quanto ao caráter residual da circunstância judicial, não se podendo valorá-la se houver expressa previsão como elemento do tipo, circunstância atenuante ou agravante ou causa de aumento ou diminuição de pena.

Outro aspecto importante a observar na fixação da pena é o da comunicabilidade das circunstâncias no concurso de agentes, sendo certo que, para se comunicar determinada circunstância ao co-autor, faz-se necessário que este conheça a sua ocorrência, conforme interpretação do artigo 29 do Código Penal, que reza que o indivíduo só pode ser responsabilizado pelo crime, na medida de sua culpabilidade.

3.2.7 Consequências do Crime

Utilizando a definição de Luiz Regis Prado, considera-se como conseqüências de um crime "os desdobramentos, não necessariamente típicos, advindos da conduta do agente, reveladores da danosidade decorrente do delito cometido"[32].

São, portanto, os efeitos causados pela conduta praticada pelo criminoso tanto em relação à vítima quanto à sociedade. Os efeitos não naturais do delito, sejam de ordem moral, causando sofrimento físico ou psicológico; sejam de ordem patrimonial, afetando o patrimônio da vítima.

Encontram-se, na doutrina, posicionamentos divergentes quanto à possibilidade de mensurar as conseqüências do crime, em razão da repercussão social por ele causada, sendo tal critério considerado, por parte dos autores, ilegítimo, por ultrapassar os limites do campo da vítima. Todavia, a percepção de que se deve atribuir uma sanção mais severa ao agente que comete crime com maior repercussão social decorre das funções retributiva e de prevenção geral da pena, previstas no próprio artigo 59 do Código Penal.

Ocorrem, com acentuada freqüência, equívocos por parte dos magistrados, ao considerarem como conseqüências do crime circunstâncias que integram o tipo ou o qualificam, ao admitir, por exemplo, que as conseqüências de um homicídio foram graves porque a vítima teve a vida ceifada - o que

32 PRADO, Luiz Regis. **Comentários ao Código Penal**: doutrina, jurisprudência selecionada, leitura indicada. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, [S.d.]. p. 285.

constitui resultado natural do delito mencionado ou, ainda, pela utilização de fórmulas genéricas que padecem de fundamentação quando, como "o ofendido sofreu acentuado prejuízo", procedendo daí à majoração da pena-base.

Por conseguinte, tomam-se por base todos os efeitos extrapenais produzidos pela conduta do agente, seja para vítima, sua família ou a sociedade como um todo, com exceção do resultado legalmente previsto para o crime.

3.2.8 Comportamento da Vítima

Ao definir o comportamento da vítima como circunstância capaz de graduar a pena a ser aplicada, o legislador remeteu o julgador ao exame da influência da conduta do ofendido na decisão adotada pelo réu de praticar determinado crime, de forma a constatar o grau de colaboração, negligência ou provocação do ofendido. E assim o fez em razão de muitas vezes se verificar que o modo como se portou a vítima, instigando ou desafiando o agente, determina-lhe o afastamento de seu dever de obediência às regras postas no ordenamento jurídico.

Utilizando-se o exemplo trazido por Túlio Lima Vianna, a influência do comportamento da vítima pode ser melhor compreendida:

> Não justifica a diminuição de pena nos crimes contra os costumes a mera roupa provocante com a qual desfila a moça em local ermo, pois ninguém é obrigado a trajar-se com recato. Por outro lado, a moça que aceita ir a um motel com um rapaz e lá, após as tradicionais preliminares, desiste da cópula no último momento, certamente contribui com seu comportamento para a prática de estupro naquele momento. A clara diferença entre os dois comportamentos das vítimas está na absoluta passividade do primeiro e na atividade do segundo[33].

Para demonstrar as formas de influência do comportamento do ofendido na prática delituosa, a doutrina utiliza a classificação da vítima em inculpável, à qual não pode ser atribuída nenhuma contribuição para a ocorrência do fato criminoso; parcialmente culpável, reconhecendo-se a sua contribuição para o evento criminoso; e culpável, quando o crime se dá por provocação do

33 VIANNA, Túlio Lima, Op. cit.

ofendido. Quando se tratar de vítima inculpável, a circunstância judicial referente ao comportamento do ofendido deve ser utilizada em desfavor do réu, elevando-se a pena deste. Considerada a vítima como parcialmente culpável, não se justifica a elevação de pena ao réu com relação a esta circunstância. Por último, classificada a vítima como culpável, não haverá punição para o autor.

4 O PROCESSO PENAL E AS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS

O ordenamento brasileiro prevê quais as sanções a serem aplicadas aos infratores, estabelecendo, igualmente, parâmetros para a fixação da pena. Resta evidente a concessão de uma liberdade ao julgador, em razão da qual devem ser observados os princípios que orientam as regras de Direito Penal, de modo que se obtenha uma decisão individualizada e devidamente motivada, capaz de atingir os fins pretendidos pelo Estado Democrático de Direito.

Entretanto, ao proceder ao tratamento das circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal, diante da inexistência de elementos que possam trazer a real situação do réu em relação a cada uma dessas circunstâncias, se revela a pouca observância de referida norma por parte dos julgadores, que, não raras vezes, se utilizam de fórmulas vagas e imprecisas para fundamentar os critérios utilizados para alcance da pena-base a ser imposta a determinado indivíduo.

Longe de pretender indicar um procedimento a ser seguido, ao considerar a dosimetria da pena, tratamos aqui de alguns aspectos que, em geral, não são observados, mas poderiam trazer ao magistrado fundamentação mais segura a suas decisões, consistentes na coleta das circunstâncias judiciais ao longo do processo penal, a fim de que, ao término do curso processual, não se verifique a ausência de elementos capazes de dimensionar corretamente o decreto condenatório.

4.1 INQUÉRITO POLICIAL

O inquérito policial corresponde, em geral, à primeira fase de uma persecução penal, que servirá de base para ação penal a ser movida em desfavor de determinada pessoa.

À autoridade policial, cujo contato é certamente mais direto, cabe o levantamento de dados capazes de fornecer as características quanto ao comportamento do réu, sua vida social, as circunstâncias em que se deram o fato delituoso.

Observe-se a redação do artigo 13 do Código de Processo Penal:Art. 13. Incumbirá ainda à autoridade policial: I - fornecer às autoridades judiciárias as informações necessárias à instrução e julgamento dos processos; II - realizar as diligências requisitadas pelo juiz ou pelo Ministério Público;III - cumprir os mandados de prisão expedidos pelas autoridades judiciárias;IV - representar acerca da prisão preventiva.

Oportuna a verificação das circunstâncias que circundam um fato na fase do inquérito policial, em razão da proximidade temporal com o mesmo, bem como da relação direta da polícia judiciária com os agentes de investigação.

Com efeito, na grande maioria das vezes, não se tem no relatório fornecido pela autoridade policial uma narrativa das circunstâncias, resumindo-se ao boletim de vida pregressa do indiciado, cujo preenchimento se dá de forma precária.

Ao juiz é facultada a solicitação de diligências. De igual modo, o Ministério público, como fiscal da lei, deve se ater à busca dos elementos capazes de informar quanto ao fato e à pessoa do acusado.

Exemplificativamente, pode o magistrado solicitar à autoridade policial, diante de omissão no inquérito policial, que diligencie junto à comunidade em que se deu o evento criminoso, a fim de apurar as conseqüências decorrentes deste, ou no meio em que vive o acusado, para que informe como este é visto pelas pessoas com as quais convive, se apresenta personalidade agressiva etc, uma vez que uma das atribuições da autoridade policial, prevista no artigo 6º, inciso IX é "averiguar a vida pregressa do indiciado, sob o ponto de vista individual, familiar e social, sua condição econômica, sua atitude e estado de ânimo antes e depois do crime e durante ele, e quaisquer outros elementos que contribuírem para a apreciação do seu temperamento e caráter."

4.2 INTERROGATÓRIO DO RÉU

O interrogatório é o ato processual que objetiva as respostas do acusado quanto ao fato que lhe é imputado. A sua versão sobre o ocorrido.

Divide-se em perguntas referentes à pessoa que está sendo processada, e perguntas referentes ao fato criminoso a esta imputado, denominadas doutrinariamente de interrogatório de qualificação e interrogatório de mérito, respectivamente, conforme preceitua o artigo 187 do Código de Processo Penal: "O interrogatório será constituído de duas partes: sobre a pessoa do acusado e sobre os fatos. § 1o Na primeira parte o interrogando será perguntado sobre a residência, meios de vida ou profissão, oportunidades sociais, lugar onde exerce a sua atividade, vida pregressa, notadamente se foi preso ou processado alguma vez e, em caso afirmativo, qual o juízo do processo, se houve suspensão condicional ou condenação, qual a pena imposta, se a cumpriu e outros dados familiares e sociais".

Em que pese a expressa previsão legal acima transcrita, comumente se dá pouca atenção à elaboração de perguntas que possam individualizar a pessoa do réu, o que se traduz em prejuízo à efetivação da justiça, dado que não se tem em consideração a situação do destinatário da pena, de forma a lhe aplicar a sanção de forma proporcional.

Possui acentuada relevância, uma vez que possibilita ao juiz formar a sua convicção sobre o acusado, haja vista ser o único contato obrigatório entre os mesmos, no qual é possibilitada a coleta de elementos quanto à personalidade, conduta social do acusado, os motivos e circunstâncias do crime.

O tom de voz, os gestos, o modo como se porta o acusado, ao responder às perguntas, são importantes elementos de convicção do juiz a respeito do réu.

Aline Iacovelo El Debs, advogada em Ribeirão Preto (SP), disserta sobre a função do magistrado ao interrogar o réu:

> O juiz deverá elaborar perguntas claras quanto ao seu conteúdo, sem ambigüidades. Não deve o magistrado incidir no grave erro de entender que o interrogatório é o ato pelo qual ele deve obter a confissão do acusado, deve sim conduzir tais perguntas visando a comparar a palavra do acusado com os elementos de prova até então existentes nos autos, e depois, durante a instrução, conduzirá as demais provas sempre de forma a confrontá-las com a palavra do acusado[34].

34 EL DEBS, Aline Iacovelo. Natureza jurídica do interrogatório. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 58, ago.

Deve o magistrado, bem como as partes, utilizar-se da audiência de interrogatório com a finalidade de obter do acusado os elementos a serem confrontados com os demais elementos probatórios, resultando disto a correta valoração das circunstâncias judiciais.

Assim, deve o réu, por exemplo, ser indagado quanto às ocupações laborais que desenvolve, sua escolaridade, atividades realizadas junto à comunidade local, uso de drogas, relacionamento sociais, família, bem como outros aspectos que se mostrem pertinentes ao caso concreto, como a finalidade pretendida com a subtração patrimonial, no caso de crime de furto.

Tratando-se de réu confesso, convém ainda o questionamento quanto aos motivos que determinaram a prática da infração penal, bem como em que circunstâncias esta foi perpetrada, conforme redação do artigo 190 do CPP.

Embora possam parecer redundantes os apontamentos aqui assinalados, eles se justificam diante da necessidade de se ter em consideração que consistindo a responsabilização do agente criminoso em fim último da ação penal, se faz necessária a coleta dos elementos de individualização da pena, em todas as fases do processo.

4.3 TESTEMUNHAS

Realizado o interrogatório do réu, passa-se à fase de instrução do processo, em que são ouvidas as testemunhas e declarantes arrolados pelas partes, a fim de elucidar os fatos ensejadores da ação penal.

Nesse momento, é importante que tanto o Ministério Público quanto a defesa do réu tenham a sensibilidade de apontar pessoas que possam contribuir não só para a determinação da autoria do evento criminoso como também para demonstração das circunstâncias judiciais, já que estas representam a graduação da pena a ser aplicada.

As denominadas testemunhas de caráter são consideradas, muitas vezes, desnecessárias, sendo banalizadas, demonstram a sua importância conforme demonstrado por Alexandre Joppert, Promotor de Justiça do Estado

2002. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3123>. Acesso em: 20 dez. 2006.

do Rio de Janeiro e Professor da Universidade Cândido Mendes – RJ:

> A imprescindibilidade da oitiva da testemunha de caráter, face a sua inquestionável relevância, é incontroversa. E nem se diga, como querem alguns magistrados, que tais depoimentos podem ser perfeitamente substituídos por declarações escritas, juntadas aos autos. Tal assertiva se justifica por razões óbvias. A uma porque uma das características da prova testemunhal é a sua judicialidade, ou seja, a necessidade de ser colhida perante a autoridade judiciária, sob o crivo do contraditório. A duas porque de nenhuma forma poderia se comparar uma declaração escrita, na maioria das vezes coletiva e subscrita por pessoas não identificadas, pelo depoimento oral e espontâneo das pessoas que convivem ou conhecem o acusado. A três porque na hipótese de declaração escrita, ao contrário do que ocorre com o depoimento pessoal, o subscritor não está sujeito às penas do art. 342, do CP, o que inegavelmente diminui sua credibilidade. Por todo exposto, é melhor técnica jurídica ouvir sempre a testemunha de caráter, a fim de garantir o direito constitucional da ampla defesa e de todos os recursos a ela inerentes[35].

Deve-se, portanto, promover a oitiva de pessoas que venham a esclarecer o fato criminoso e, de igual modo, os aspectos referentes às características do réu, não apenas abonando, ou lhe maculando a conduta social, mas narrando fatos que realmente evidenciem o seu comportamento junto à sociedade, ou indiquem traços de sua personalidade.

Quanto ao magistrado, cabe-lhe formular questionamentos capazes de obter subsídios para sua convicção acerca da pessoa do réu e das circunstâncias em que se deram os fatos.

4.4 DILIGÊNCIAS

Ultimadas todas as fases da produção de provas e, encontrando-se formalmente pronto o processo para julgamento, os autos são submetidos à apreciação do magistrado, que decidirá pela aplicação ou não de uma reprimenda estatal ao indivíduo denunciado.

35 JOPPERT, Alexandre. **A importância da testemunha de caráter no direito e no processo penal**. Disponível em: <http://www.joppert.hpg.ig.com.br/sociedade/28/index_int_3.html>. Acesso em: 26 dez. 2006.

Entretanto, ao proferir sua decisão, o julgador deve estar respaldado nos elementos colacionados aos autos, de forma a evitar arbitrariedades ou decisões que, sem a devida fundamentação, venham a ser reformadas.

Para tanto, o juiz deve analisar os elementos já colocados a sua disposição e, verificando, a impossibilidade de julgar adequadamente, proceder à utilização de recursos capazes de integrar o conjunto probatório e dar suporte ao seu julgamento.

"Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer; mas o juiz poderá, no curso da instrução ou antes de proferir sentença, determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante."

4.4.1 Estudo Social

Não raras vezes, os elementos trazidos aos autos se mostram insuficientes à adequada valoração da conduta do acusado.

Uma das soluções possíveis, para esclarecer obscuridade quanto a esta circunstância, e até a sua personalidade ou os motivos do crime, seria a realização de um estudo social do indivíduo submetido a julgamento, para a formação da convicção do magistrado quanto a estas circunstâncias, a exemplo do que ocorre em relação à criança e ao adolescente, que, em diversas situações, se utiliza da atuação de uma equipe interprofissional para auxílio do julgador.

Poderia, o magistrado, determinar a atuação de uma equipe de profissionais como assistente social, psicólogo, psiquiatra, para, durante a instrução do processo, proceder ao levantamento do meio social em que vive o acusado, colhendo, desta forma, os dados para embasar sua decisão.

A importância deste estudo se verifica em razão de buscar o conhecimento do meio em que está inserido o réu, em que medida este ambiente lhe determinou o comportamento, as relações mantidas por este, uma vez que, de posse de um parecer especializado, com fundamentação técnica, o julgador dispõe de maior segurança para decidir.

4.4.2 Realização de Perícia

É norma expressa no Código de Processo Penal que, havendo dúvidas

quanto à integridade mental do acusado, deverá ser instaurado incidente de sanidade mental (artigo 149). Todavia, não apenas a fim de atestar possível irresponsabilidade do acusado, à época do fato, pode-se recorrer ao auxílio de um profissional da psicologia, psiquiatria.

Diante de obscuridade causada pelas circunstâncias do fato, pode o julgador valer-se da atuação do perito, a fim de identificar os traços que marcam a personalidade do acusado, ou ainda os motivos que determinaram a prática criminosa.

4.5 SENTENÇA

Importa abordar, ainda, analisando-se as circunstâncias judiciais no processo penal, a prática corrente nos julgamentos de aplicação da pena mínima, em abstrato, ao quantificar a pena-base.

Antônio Paganella Boschi traz, em sua obra "Das Penas e Seus Critérios de Aplicação", um tópico destinado às regras jurisprudenciais a serem consideradas para a fixação da pena-base.

Segundo o autor, as decisões manifestadas pelos tribunais servem de orientação à contenção de excesso, por parte dos magistrados, e estão dispostas da seguinte forma:

> Quando todas as circunstâncias previstas no artigo 59 forem valoradas a favor do réu, impõe-se a aplicação da pena no mínimo legal previsto para o delito em apuração. Se parte das circunstâncias forem desfavoráveis ao acusado a pena-base deverá ser fixada um pouco acima do mínimo legal. Por fim, se o conjunto das circunstâncias judiciais for totalmente desfavorável ao sentenciado, a pena, na primeira fase de fixação, se aproximará do termo médio entre o mínimo e máximo de pena previstos[36].

Guilherme Nucci, manifestando entendimento diametralmente oposto, aponta que, se observadas as referidas regras, e adotando-se um posicionamento tendencioso à aplicação da pena mínima, ocorre violação ao

36 BOSCHI, Antônio Paganella, Op. cit., p. 218.

princípio da individualização da pena; opinião com a qual comungamos[37].

Isto porque, respeitadas as convicções manifestadas por Boschi, considerar o termo médio da pena em abstrato como limite da quantificação da pena base corresponde a desprezar os limites impostos pelas leis penais e mais, ainda, o princípio de individualização da pena.

Certamente, se as circunstâncias forem totalmente favoráveis ao acusado, a aplicação da pena mínima mostra-se imperiosa e demonstra um processo de individualização. Contudo, admitir que a média entre os limites mínimo e máximo previstos pelo legislador é o ponto máximo de graduação da pena-base revela afronta às regras de individualização e legalidade.

Se há previsão de que pode ser escolhida uma reprimenda diante de um intervalo previamente estabelecido, não se justifica a impossibilidade de fixar a pena-base na maior quantidade possível, se todas as circunstâncias se mostrarem desfavoráveis ao agente, até determinada medida. Fosse assim, não teria o legislador estipulado o limite máximo de reprovação das condutas.

Cabe ao julgador, portanto, o exame detido de todos os aspectos evidenciados no processo para, a partir daí, determinar em que medida será reprovada a conduta do agente, entre o mínimo e o máximo previstos para o tipo que lhe é imputado.

Para tanto, o mesmo não está vinculado a padrões quantitativos, matemáticos, mas às normas que orientam o Direito Penal, como um todo, e que protegem tanto a sociedade como o indivíduo sob julgamento, devendo fundamentar acertadamente suas decisões, com a devida observância de todas as circunstâncias judiciais, a fim de que sua decisão não padeça de nulidade e, principalmente, não corresponda a uma arbitrariedade praticada com suposto respaldo na subjetividade conferida pela lei, em ordem a acarretar danos ao indivíduo julgado e, por conseqüência, à sociedade.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, José Eulálio Figueiredo. **Sentença Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

37 NUCCI, Guilherme, Op. cit., p. 335.

BARREIROS, Yvana Savedra de Andrade. Comentários ao art. 59 do Código Penal. **Jus Navigandi,** Teresina, ano 10, n. 1201, 15 out. 2006. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9044>. Acesso em: 08 de nov. 2006.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martin Claret. 2005.

BITENCOURT, Cézar Roberto. **Tratado de direito penal:** parte geral. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 4. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

BRASIL. **Código Penal Brasileiro**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm> Acesso em: 10 nov. 2006.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br /ccivil_03/ Constituicao / Constituiçao.htm>. Acesso em: 05 nov. 2006.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. v.1.

COLLE, Juliana de Andrade. Critérios para a valoração das circunstâncias judiciais (art. 59, do CP) na dosimetria da pena. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 572, 30 jan. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6232>. Acesso em: 20 nov. 2006.

DELMANTO, Celso. Código Penal Comentado. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, [s.d.].

EL DEBS, Aline Iacovelo. Natureza jurídica do interrogatório. **Jus Navigandi,** Teresina, ano 6, n. 58, ago. 2002. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3123>. Acesso em: 20 dez. 2006.

GOMES, Luiz Flávio. **Funções da pena e da culpabilidade no direito penal brasileiro**. Disponível em: <www.lfg.com.br/public_html/article.php?story= 20041008161904415>. Acesso em: 10 dez. 2006.

_____. Funções da pena no Direito Penal brasileiro. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 1037, 4 maio 2006. Disponível em: <http:// jus2uol.com.br /doutrina/texto. asp?id= 8334>. Acesso em: 05 nov. 2006.

JESUS, Damásio E. de. **Direito penal:** Parte geral. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 1.

JOPPERT, Alexandre. **A importância da testemunha de caráter no direito e no processo penal**. Disponível em: <http://www.joppert.hpg.ig.com.br/sociedade/28/ index_int_3.html>. Acesso em: 26 dez. 2006.

JORGE, Mário Helton. A quantificação da pena em face das circunstâncias. **Jus Navigandi,** Teresina, ano 8, n. 285, 18 abr. 2004. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5095>. Acesso em: 09 nov. 2006.

_____. **Erros de atividade e de julgamento e suas conseqüências**. Disponível em <http://www.mundolegal.com.br/?FuseAction= Doutrina_ Detalhar&did= 21272>. Acesso em: 18 nov. 2006.

MARCÃO, Renato; MARCON, Bruno. Rediscutindo os fins da pena. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n 54. fev. 2002. Disponível em: http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto. asp?id=2661>. Acesso em: 04 dez. 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PRADO, Luiz Regis. **Comentários ao Código Penal**: doutrina, jurisprudência selecionada, leitura indicada. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais.

QUEIROZ, Paulo. Erros freqüentes na aplicação da pena. **Jus Vigilantibus**, Vitória, 28 jun. 2005. Disponível em: <http://jusvi.com/doutrinas_e_pecas/ver/16151>. Acesso em: 9 nov. 2006.

RIBEIRO, Armando Lúcio. **Anotações de Processo Penal**. Mossoró: Coleção Mossoroense, 2006. (Série C. v. 1515).

SANTANA, Edmundo Manoel. **O princípio a culpabilidade como limite constitucional a aplicação da responsabilidade penal**. Disponível em: <www.revista.grupointegrado.br/dicursouridico/include/getdoc.php?d=42&article=10&mode=pdf> Acesso em: 25 de nov. 2006.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios que regem a aplicação da pena**. Disponível em <www.cjf.gov.br/revista/numero7/artigo1.htm> Acesso em: 23 de nov. 2006.

TRSTÃO, Adalto Dias. **Sentença criminal**: prática de aplicação de pena e medida de segurança . 6. ed. rev. atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

VALOIS, Luis Carlos. **O princípio constitucional da individualização da pena**. Disponível em: <http://www.luiscarlos.sites.uol.com.br/aula4.htm>. Acesso em: 24 de nov. 2006.

VIANNA, Túlio Lima. Roteiro didático de fixação das penas. **Jus Navigandi,** Teresina, ano 7, n. 62, fev. 2003. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id= 3733>. Acesso em: 07 jan. 2007.