



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS**

ROBSON SANTANA PIRES SEGUNDO

**A EFETIVIDADE DA APLICABILIDADE DAS CIRCUNSTÂNCIAS
JUDICIAIS NA APLICAÇÃO DA PENA**

**SOUSA - PB
2007**

ROBSON SANTANA PIRES SEGUNDO

**A EFETIVIDADE DA APLICABILIDADE DAS CIRCUNSTÂNCIAS
JUDICIAIS NA APLICAÇÃO DA PENA**

Monografia apresentada ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais do CCJS da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Prof^ª. Dr^ª. Jônica Marques Coura Aragão.

**SOUSA - PB
2007**

ROBSON SANTANA PIRES SEGUNDO

A EFETIVIDADE DA APLICABILIDADE DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NA
APLICAÇÃO DA PENA

Trabalho de conclusão de curso
apresentado à banca Examinadora do
curso de Direito do Centro de Ciências
Jurídicas e Sociais – CCJS – da
Universidade Federal de Campina Grande
– UFCG, como requisito para obtenção do
Título de Bacharel em Direito.

Aprovada em: de de 2007.

BANCA EXAMINADORA

Jônica Marques Coura Aragão
Prof^a.Mestra Orientadora

Prof. _____

Prof. _____

Dedico primeiramente a Deus, aos meus pais por creditarem em mim e terem dado um voto de confiança e esperança nessa caminhada.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, por ter me proporcionado a oportunidade dessa conquista.

Agradeço a meus pais, Robson Pires e Maria Inês de Góes por me propiciar condições e acreditar em mim nessa caminhada longa, que apenas esta no começo e a meu irmão Rashid Pires. E a minha família.

Agradeço a minha namorada Rafaella Nogueira por ser meu porto seguro e me passar tranquilidade nos momentos necessários.

Agradeço a meus amigos da Liga da Justiça, por anos e anos de convivência e companheirismo nesta caminhada.

Agradeço a meus amigos em geral que de uma forma direta ou indireta me ajudaram a chegar onde cheguei.

Agradeço a paciência e dedicação da minha orientadora Jônica Marques, a qual devo minha gratidão.

RESUMO

A fixação da pena em concreto deve seguir certos parâmetros de aplicação, a fim de propiciar ao condenado o exercício do seu direito subjetivo de saber o porquê de lhe ter sido imposta determinada pena. Ao juiz não é dado o livre arbítrio de aplicar a pena sem que precise se vincular parâmetro algum, eis que essa absoluta subjetividade julgadora poderia gerar injustiças. Se para o condenado a fundamentação pormenorizada da pena é garantia fundamental, para o juiz os critérios apontados na Lei Penal também são de grande relevância, permitindo uma dosimetria adequada e segura, a despeito do perfil ideológico esposado pelo magistrado. Nesse sentido, analisar a eficácia do mecanismo de individualização da pena é o objetivo geral deste trabalho. Por seu turno, são objetivos específicos: Conhecer os aspectos históricos da pena de prisão e a forma como se aplicava a reprimenda ao longo dos tempos; destacar a importância dos princípios relacionados com a fixação da pena; identificar as circunstâncias judiciais aplicadas na individualização da pena. Para tanto, foram utilizados os métodos exegético-jurídico, através de fichamentos desenvolvendo a pesquisa bibliográfica. Como métodos auxiliares apontam-se o histórico e o sistemático. Diante da consecução dos objetivos apresentados, chega-se à resposta dada ao seguinte problema: O mecanismo empregado na fixação da pena consegue individualizar a pena com a eficiência almejada em um Estado Social Democrata de Direito? A hipótese positiva demonstra-se confirmada, desde que consiga o julgador atender aos ditames de uma sentença imparcial, livre de convicções pessoais, principalmente quando da análise das circunstâncias judiciais. Em conclusão, o presente trabalho identifica a necessidade urgente de que o juiz, ao aplicar a pena, demonstre além de capacidade técnica-jurídica, toda a ética necessária para julgar com justiça, concedendo ao condenado o direito de compreender como adequada e suficiente a reprimenda que lhe foi imposta.

Palavras-chaves: Aplicação da pena. Circunstâncias judiciais. Reprimenda legal e justa.

ABSTRACT

The fixation of the feather in concrete should follow certain application parameters, in order to propitiate the convict the exercise of his/her subjective right of knowing the reason of it being him/her imposed certain feather. To the judge the free will is not given of applying the feather without he/she needs to link parameter some, suddenly that absolute judging subjectivity could generate injustices. If for the convict the detailed fundament of the feather is fundamental warranty, for the judge the pointed criteria in the Penal Law are also of great relevance, allowing an appropriate and safe dosimeter, in spite of the ideological profile married by the magistrate. In that sense, to analyze the effectiveness of the mechanism of individualization of the feather is the general objective of this work. For his/her shift, they are objective specific: To know the historical aspects of the prison feather and the form as if it applied the reprimand along the times; to detach the importance of the beginnings related with the fixation of the feather; to identify the applied judicial circumstances in the individualization of the feather. For so much, the exegetic-juridical methods were used, through fitments developing the bibliographical research. As auxiliary methods are pointed the report and the systematic. Due to the attainment of the presented objectives, it is arrived to the answer given to the following problem: Does the employed mechanism in the fixation of the feather get to individualize the feather with the efficiency longed for in a State Social Democrat of Right? The positive hypothesis is demonstrated confirmed, since it gets the judge to assist to the dictates of an impartial sentence, free from personal convictions, mainly when of the analysis of the judicial circumstances. In conclusion, the present work identifies the urgent need that the judge, when applying the feather, demonstrate besides technique-juridical capacity, the whole necessary ethics to judge with justice, granting to the convict the compeered right as appropriate and enough the reprimand that was imposed him/her.

Word-key: Application of the feather. Judicial circumstances. Legal and fair reprimand.

SUMÁRIO

RESUMO.....	06
ABSTRACT.....	07
INTRODUÇÃO.....	08
CAPÍTULO 1 ASPECTOS HISTÓRICOS DA APLICAÇÃO DA PENA.....	11
1.1 Vingança privada.....	11
1.2 Direito Romano e Direito Canônico.....	13
1.3 Direito Humanitário.....	15
1.4 Aspectos históricos da aplicação da pena no Brasil.....	17
CAPÍTULO 2 PRINCÍPIOS E REGRAS RELACIONADAS COM A APLICAÇÃO DA PENA.....	22
2.1 Importância dos princípios para o ordenamento jurídico.....	22
2.1.1 Princípio da legalidade.....	23
2.1.2 Princípio da isonomia.....	24
2.1.3 Princípio da proporcionalidade da pena.....	25
2.1.4 Princípio da responsabilidade pessoal.....	25
2.1.5 Princípio da culpabilidade.....	26
2.1.6 Princípio da humanidade.....	27
2.1.7 Princípio da individualização.....	28
2.1.8 Princípio do “ <i>ne bis in idem</i> ”.....	30
2.1.9 Princípio da retribuição e prevenção da pena.....	30
2.2 Analisando as circunstâncias para a fixação da pena.....	31
CAPÍTULO 3 CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS: RELEVANTE MECANISMOS DE INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA.....	36
3.1 Culpabilidade.....	36
3.2 Antecedentes.....	39
3.3 Conduta social.....	43
3.4 Personalidade do agente.....	46
3.5 Motivos do crime.....	48
3.6 Circunstâncias do crime.....	50
3.7 Conseqüência do crime.....	51
3.8 Comportamento da vítima.....	53
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	57
REFERÊNCIAS.....	60

INTRODUÇÃO

O judiciário e o direito penal, principalmente, encontram-se cada vez mais pressionados pelos clamores da sociedade e da imprensa, por uma maior efetividade e por um sentimento de justiça. Este trabalho mostra um aprofundamento acerca do bem maior depois da vida, a liberdade.

Diante de tal importância, urge analisar profundamente as sentenças condenatórias no que diz respeito a dosimetria da pena, em especial, as circunstâncias judiciais, visto que, no momento da fixação da pena base, encontra-se uma maior margem de discricionariedade do magistrado.

Uma pena injustamente aplicada poderá ocasionar danos irreparáveis para o condenado e para sociedade, visto que, com um maior tempo de prisão, mais difícil será a readaptação à sociedade, existindo neste caso grande probabilidade do condenado voltar a delinqüir.

O estudo das circunstâncias judiciais é de vital importância para se dar uma diretriz ao magistrado, pois no caso de má aplicação destas, a sentença torna-se passível de nulidade de acordo com o artigo 93, da CF, ou seja, a falta de apreciação ou a apreciação injusta, é vício insanável no ato decisório; eis que é frontal ofensa aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, e especialmente, o princípio da individualização da pena.

Importante lembrar que se trata de direito inerente a pessoa do réu, saber o porquê da fixação da pena base ser esta, ou aquela; bem como os motivos que determinaram essa fundamentação, para que tendo o conhecimento, ele possa, estando a pena injusta, ou com fundamentação insuficiente, recorrer pleiteando a reforma da sentença.

Como bem se sabe, uma pena privativa de liberdade é algo que cada condenado carrega até o fim de sua vida, sendo rotulado (estigmatizado) como criminoso, passando a ser visto, de forma discriminatória, portanto essa apreciação das circunstâncias judiciais deve ser vista com a maior cautela possível pelo juiz.

Ademais se mal aplicada a pena base, além dessa rotulação, pode-se culminar com a aplicação de uma pena maior que a necessária no caso concreto, o que virá a impossibilitar uma série de benefícios ao condenado, tais como a impossibilidade da fixação de regime prisional menos gravoso; a substituição por penas restritivas de direito; ou a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva estatal.

Neste esteio também na fase de execução da pena exageradamente fixada, logicamente maior será o tempo de cumprimento efetivo, para se obter a progressão de regime; de livramento condicional entre outros benefícios que poderiam se apresentar ao apenado.

Uma aplicação de pena justa, analisada detalhadamente e fundamentada, até mesmo para o condenado, servirá para que este não se revolte e veja perde-se o sentido da vida, vindo, assim, a se entregar, por não ter mais perspectivas de vida digna, a bandos de criminosos, como também a praticar delitos mais graves que o inicialmente cometido, vindo com isto, a aumentar o preço da segurança pública no futuro.

Para desenvolver o presente trabalho de conclusão de curso, foram utilizados o métodos exegético-jurídico, através de fichamentos desenvolvendo a pesquisa bibliográfica. Como métodos auxiliares apontam-se o histórico e o sistemático.

No primeiro capítulo será dado espaço para os aspectos históricos da pena, desde os períodos da vingança privada, passando pelos períodos do direito Romano

e Canônico até o período humanitário. Serão também apresentados os aspectos históricos da aplicação da pena no Brasil, desde as Ordenações Filipinas no ano de 1824, quando não existia um Código Penal brasileiro, só vindo a tê-lo em 1830, que foi evoluindo até o atual Código Penal.

O segundo capítulo tratará dos principais princípios observados quando da fixação da pena base, sendo de vital importância esse estudo, pois, estes virão a orientar, harmonizar, nortear toda a sistematização da aplicação da pena, em conformidade com a justiça e igualdade. Serão estudados os princípios da legalidade, isonomia, proporcionalidade da pena, responsabilidade pessoal, culpabilidade, humanidade, individualização da pena, "*ne bis in idem*", da retribuição e prevenção da pena. Ainda apresentará uma introdução a análise das circunstâncias judiciais para a fixação da pena, de forma a conceituá-las como um todo e mostrar o caráter trifásico da aplicação da pena.

Por sua vez o terceiro capítulo, mostrará uma análise aprofundada de todas as circunstâncias judiciais, servindo de parâmetro a ser observado tanto pelo magistrado, como pelo réu, para que este saiba os motivos que levaram ao convencimento do juiz no momento da aplicação da pena base, vindo o réu a poder buscar reformar sua pena, caso seja ela aplicada de forma a faltar fundamentação ou desta se demonstrar injusta.

Conclui-se, pois, que a apreciação das circunstâncias judiciais deve ser observada com mais atenção, para embasar a fundamentação do magistrado, eis que neste ponto reside a maior subjetividade quanto aos eventuais aumentos da pena base, que, muitas vezes, é tornada definitiva. Em verdade é imensa a responsabilidade que pesa sobre os ombros dos julgadores, não restando, assim, dúvidas sobre a necessidade de um estudo aprofundado sobre o tema.

CAPITULO 1 ASPECTOS HISTÓRICOS DA APLICAÇÃO DA PENA

O Direito Penal surgiu com o homem, no entanto, nos tempos antigos não se falava em um sistema organizada como o que temos atualmente.

Acreditavam os primitivos que as punições eram dadas pelos deuses (totem) através das chuvas, seca, raios e outros fenômenos naturais.

Para que não fossem todos castigados o transgressor pagava com sua própria vida ou em casos mais leves com oferendas de objetos valiosos aos deuses.

1.1 Vingança privada

A pena que conhecemos tem sua origem na vingança. A relação entre os indivíduos obrigou, desde os tempos mais remotos, a estipulação de regras de convivência, em razão da diversidade de interesses existentes em qualquer coletividade. Segundo o pensamento de Paulo José da Costa Junior (1991, p.07) “A pena representava inicialmente a vingança privada da própria vítima, de seus parentes ou do agrupamento social (tribo) a que pertencia”.

Dessa 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.

A pena privada era aplicada por quem possuía mais poder, este era quem determinava as penalidades, em relação aos mais fracos. Segundo William Wanderley Jorge (1984, p. 76):

A reação de um grupo contra outro, era violenta e sem limites. Essa penalidade primitiva tinha caráter puramente objetivo, pois que não importavam os motivos que haviam determinado a ofensa, nem se o ofensor era pessoa humana ou força da natureza.

A proporcionalidade desses crimes como visto era desenfreada, humilhantes, violentas, desproporcionais, pois ao indivíduo que infringisse alguns dos preceitos considerados como crime, eram submetidos a reprimenda da família que foi vítima de tais violências. As penas consideradas naquelas épocas desde a morte pelo grupo ou clã existente, até a expulsão do grupo, que passava a viver isolada da tribo que originalmente essa pessoa vivia.

Essas injustiças com o passar do tempo foram sendo amenizadas com a chegada da lei do talião, contudo prevendo acontecimentos que hoje jamais seriam aceitos. Essa lei tinha como escopo tentar frear a justiça privada e buscar uma forma de fazer justiça baseada em um ordenamento jurídico.

A lei do talião dosava a pena do infrator em conformidade com o crime praticado por este, ou seja, consistia na justa reciprocidade do crime e da pena, (olho por olho, dente por dente). Entretanto essa espécie de penalização não mais ficaria ao arbítrio de grupos ou de clãs para, e sim uma pena preestabelecida segundo critérios sobre os crimes praticados, diminuindo assim as injustiças existentes à época da justiça privada. Entretanto continuando sendo muito cruel aos parâmetros da sociedade em que vivemos.

Inspirado no talião surge o Código de Hamurábi, que consiste em uma evolução sobre o talião. É considerado um dos mais antigos ordenamentos jurídicos (século XVIII a. C.), este texto era composto de 282 artigos contendo um preâmbulo, descritos em uma pedra negra que disciplinava assim: "mas se houver dano urge dar vida por vida, olho por olho, dente por dente, mão por mão, pé por pé, ferida por ferida, golpe por golpe".

1.2 Direito Romano e Direito Canônico

O Direito Romano surge separando o direito da religião, os crimes passaram a ser divididos em *delicta pública* (crimes contra a segurança da cidade) ou *delicta privata* (infrações menos graves, reprimidas por particulares), mostrando ainda traços da vingança privada, posteriormente, *crimina extraordinária* (que ficava entre as outras duas categorias).

A pena de morte no direito romano foi praticamente abolida, substituídas por outras penas, como por exemplo o exílio ou a deportação. Neste período que foi muito importante para o direito penal visto que foi nele que introduziram vários conceitos hoje aceitos no Direito Penal. Segundo a Professora Aline da Veiga Cabral Campos (2005), a criação de princípios penais sobre o erro, culpa, dolo, imputabilidade, agravantes e atenuantes, mostrando assim que as penas de uma certa forma passaram a ser dosadas com parâmetros sobre a conduta do agente, como também com a possibilidade de avaliar o critério da imputabilidade nos crimes praticados por determinadas pessoas e sobre as circunstâncias agravantes e atenuantes. Pode ser falar de uma fixação da pena nesse estágio de evolução do direito.

O Direito Penal tem como principal característica a mutabilidade decorrente das modificações de pensamento, a partir daí surge o direito canônico que marca a época de transição entre o direito romana e o direito moderno, entende-se como direito canônico o direito penal da igreja, com influência decisiva do cristianismo na legislação penal da época.

O Direito Canônico contribuiu para uma humanização de certos aspectos penais, porém o intuito fim do direito canônico era a proteção dos interesses da

igreja.

De acordo com o pensamento de Willian Vanderley Jorge (1984, p. 57):

[...]afirmou o princípio da igualdade entre todos os homens perante Deus, acentuou o aspecto subjetivo do delito, distinguindo o dolo, a culpa, todavia não estabeleceu uma regra geral em sede de tentativa, valorizou e mitigou a pena pública e inspirou a penitenciária.

Como vimos o Direito Penal Canônico trouxe importantes aprimoramentos para o direito penal, tentou promover não apenas a condenação do apenado, mas sim a sua regeneração pelo arrependimento e purgação da culpa.

Contraposto a tudo o que se falou no Direito Canônico vem a execução das penas com o intuito de vingança social e intimidações, ou seja, acontecia em praças públicas. Apresentava-se então um direito de desigualdades, cheio de privilégios, caóticos, com um emaranhado incontrolável de ordenações, leis arcaicas, editos reais e costumes, arbitrário e excessivamente rigoroso.

Segundo Fábio Begamin Capela *on line*¹, prisões desse período eram as famosas masmorras, porões e celas constituídas no interior dos mosteiros, que eram guardadas para aqueles que violassem as doutrinas e costumes religiosos, e que para a sua salvação eram necessários a oração e a penitência para que se arrependessem do mal causado e obtivesse o perdão da igreja.

O direito penal na época medieval foi o período pelo qual se registrou o maior número de atrocidades aos indivíduos. Período este pelo qual a igreja tinha grande influência no sistema punitivo e aquele que cometia o crime tanto era punido em defesa do estado como também da religião. Este período foi caracterizado por penas de sofrimentos físicos, atrocidades (fogueira, enforcamento, afogamento...), verdadeiros espetáculos de degradação humana impostas aos criminosos pelas

¹ www.jus2.uol.com.br

classes dominantes (inquisição).

Diante desta conjuntura de requintes de crueldades praticados pelas classes dominantes da época, acabou por gerar um sentimento de revolta contra os que dominavam, não aceitando mais as injustiças praticadas e as faltas de critérios de fixação das penas feita pelos dominantes, que eram feitos ao seu bel prazer. Foi com a inspiração das idéias iluministas que surge grandes mudanças no sistema de fixação das penas, rompendo assim o laço opressor das classes dominantes perante os dominados.

1.3 Direito Humanitário

Neste contexto surgem as idéias iluministas, na época do direito humanitário, pelo qual se afirmava que as leis naturais regulavam as relações sociais e os homens eram naturalmente bons e iguais entre si, quem os corrompem é a sociedade. Este pensamento revolucionou o direito penal.

Buscava-se a reformulação das leis e das penas, para que isso aconteça era necessário estudar os fundamentos do direito de punir e da legitimidade das penas correspondentes a infração cometida pelo sujeito.

Segundo Heleno Cláudio Fragoso, (1980, p.41):

As idéias básicas do iluminismo em matéria de justiça penal são as da proteção da liberdade individual contra o arbítrio judiciário; a abolição da tortura; abolição ou limitação da pena de morte e a acentuação do fim estatal da pena, com o afastamento das exigências formuladas pela igreja ou devidas puramente à moral, fundadas no princípio da retribuição.

Beccaria 1764 (autor da obra *Dos Delitos e das Penas*), propõe um fundamento à justiça penal: um fim unitário e político, sempre limitado pela lei moral.

Beccaria criou princípios e diretrizes que até hoje usamos, tais como: o princípio da legalidade; a proibição de penas cruéis e da pena de morte; a limitação da pena ao condenado; a finalidade da pena, ou seja, a de intimidar o cidadão e a de recuperar o delinqüente; não se permitir tortura no interrogatório; a admissão de todos os meios de provas para defesa do condenado; dentre outras.

Para Beccaria a pena deveria ter uma proporcionalidade entre as penas e os delitos cometidos, ou seja, uma dosagem para ser punido mais severamente aquele que comete um fato mais repudiável do que aquele que descumpra determinadas normas sem grandes repercussões. Defendia também que as penas deveriam ser essencialmente públicas, rápidas, necessárias, a mínima das possíveis em dadas circunstâncias e ditadas pela lei. Este período é marcado como o que institucionalizou como principal sanção a pena privativa de liberdade.

Com o amadurecimento das idéias de Beccaria começaram a surgir as diretrizes do sistema penitenciário, onde as penas deixaram de ser unicamente retributiva, para assumir uma posição preventiva e ressocializadora, mostrando-se assim como uma forma de educar e trazer de volta ao meio da sociedade a pessoa infratora. Hoje em dia a pena tem duas finalidades também, como preceitua o artigo 59 do Código Penal, uma de reprovação pelo ato praticado e outra de prevenção do crime, ou seja, a pena imposta serve para intimidar os possíveis infratores para que não cometam crimes e para através do medo de saber que será punido, tentar prevenir a criminalidade.

Na atualidade o direito penal não vem se preocupando apenas em reprimir o crime como na antiguidade, de forma lenta esse direito penal vem se mostrando cada vez mais um sistema liberal, preocupado também com o infrator, tentando trazê-lo de volta ao convívio social, abrindo, assim, mais oportunidades de aceitação

pela sociedade. No intuito de se tornar menos severo, porém mais educativo as penas surgem as penas alternativas, assim como a suspensão condicional do processo e da pena nos dias atuais, mecanismos estes que trazem uma maior eficácia na aplicação das penas e medidas alternativas à prisão, visando um menor índice de reincidência, claramente estimulada pelo ambiente deletério do cárcere.

1.4 Aspectos históricos da aplicação da pena no Brasil

Com a proclamação de independência do Brasil e a Constituição de 1824, previa a criação de um Código Penal brasileiro, entretanto antes da entrada em vigor do código penal brasileiro ficava em vigor o Livro V das Ordenações filipinas fica vigente até a promulgação do Código Penal brasileiro, que só aconteceu no dia 16 de dezembro de 1830.

Entretanto esse Código Penal português se mostrou muito cruel. Conforme preceitua Willian Wanderley Jorge (1986, p. 116):

A pena de prisão era muito pouco usada, como, aliá, em toda Europa. Em seu lugar havia as penas infamantes, os castigos corporais, confiscos de bens, queimaduras, açoite, degredo, morte pela forca e pelo fogo (aplicadas largamente) e a morte para sempre (em que o corpo do condenado ficava suspenso, putrefazendo-se), as mutilações das mãos e da língua, bem como a capela de chifres para os maridos tolerantes. Alem do mais eram penas desproporcionadas à falta praticada, não sendo fixadas antecipadamente, desiguais e aplicadas com perversidade.

O sentido principal dessa legislação era a intimidação feroz, sem qualquer tipo de proporção entre o delito cometido e a pena sofrida, não tendo a pena uma individualização adequada para os delitos cometidos, mostrando ainda traços de confusão entre estado e igreja. Este tipo de legislação foi reinante até como vimos o surgimento humanitário das penas.

Em 16 de dezembro de 1830, surge a criação do primeiro Código Penal Brasileiro, ou seja, o Código Criminal do Império. Era um Código Penal de índole liberal, trazia consigo um começo da individualização da pena, dizia que nenhuma pena poderia passar da pessoa do delinqüente.

Código Imperial trazia parâmetros para a dosimetria da pena, pois, previa a existência de circunstâncias atenuantes e agravantes bem como a previsão de atenuante caso o infrator fosse menor de idade entre 14 e 17 anos. Existia também a indenização *ex delicto*. Não definia a culpa, trazendo apenas o dolo. A pena de morte na época foi muito debatida e com resistência foi admitida a pena de morte como meio de coibir a prática de crimes pelos escravos. Este código ainda não separava a igreja do estado, contendo figuras delituosas relacionados a ofensas contra a religião estatal.

O Código Penal da República de 11 de outubro de 1890 foi alvo de muitas críticas por ter em seu texto legal muitas falhas apresentadas, pois fora elaborado de maneira rápida. Em 1891 foi criada a Constituição da República, que abolia a pena de morte, o banimento judicial entre outras alterações. Alterando assim o código penal existente.

Apesar do grande avanço que foi a proibição da pena de morte, o código penal mostrava-se falho e sem sistematização, sendo alvo de várias leis que tentavam suprir estas falhas, foi aí que surgiu o decreto nº. 22.213 de 14 de dezembro de 1932, que foi denominado de consolidação das leis penais de Piragibe, pois foi Vicente Piragibe o seu idealizador.

O Código Penal de 1940, embora promulgado nesta data, só passou a vigorar em 1 de janeiro de 1942, para que desse tempo de melhor conhecê-lo e para que pudesse coincidir com a entrada em vigor do código de processo penal brasileiro.

Este código ainda vigora, com alterações em sua parte geral, mas que, o conteúdo da parte especial em muito é mantida até hoje.

De acordo com Rodrigo Pereira Cuano *on line*², nesse novo código trazia-se o que de mais moderno existia na época, era uma legislação eclética, tendo postulados tanto das escolas clássicas como das escolas positivistas. A comissão revisora era formada por Nelson Hungria (responsável pelo caráter trifásico da aplicação da pena, ou seja, na fixação da pena base, deve-se, analisar primeiro as circunstâncias judiciais, para depois se analisar as circunstâncias agravantes e atenuantes para partindo daí analisar as causas de aumento e diminuição da pena, que pode exceder o máximo e diminuir até os parâmetros inferiores da pena base), Vieira Braga, Marcélio de Queiroz e Roberto Lira.

Em 1963, por pedido do Governo Federal, ilustríssimo professor – Ministro Nelson Hungria, apresentou um anteprojeto de sua autoria, que após ser submetido a várias comissões revisoras foi finalmente convertido em lei, pelo Decreto Lei nº 1004 de 21 de outubro de 1969. Ocorreram críticas acerbadadas ao decreto, o que culminou com uma lei de 1973 e a revogação em 1978.

O Código Penal de 1969 foi uma das várias tentativas de mudança da nossa legislação penal.

Segundo o autor Fábio Bergamim Capela *on line*³, com o advento do novo código penal do dia 11 de julho de 1984, ficando assim estabelecido uma nova parte geral para o direito penal, alterando por completo esta parte. Tem se aí o código como usamos até os dias atuais, sendo que suas principais modificações foi no que tange ao cumprimento de penas, a sua progressão de regime que vai desde o fechado até o mais brando (aberto), surgiu a figura da regressão de regime, a

² www.uj.com.br

³ www.jus2.uol.com.br

possibilidade dada à novas modalidades de penas, chamadas alternativa, que incluiu a prestação de serviços à comunidade e restrição de direitos.

Muitas das modificações que aconteceram em 1984 têm ligação com o artigo 59 do código penal, ou seja, consistem nas circunstâncias judiciais, cujo objetivo, entre outros, servem para se saber se o juiz tem a possibilidade de substitui a pena privativa de liberdade por uma pena alternativa.

Diante de tais evoluções podemos concluir que o direito penal vem cada vez mais modificando as formas de punir os delinqüentes, ou seja, procurando formas de diminuir o caráter cruel das penas, passando por períodos de conscientizações para que essas penas fossem abrandadas, ou se não, fossem aplicadas de modo digno.

Ao aplicar determinada sanção penal, opera-se a finalidade preventiva geral, ao se confirma 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, cuja redação afirma 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”.

Como viu-se o direito penal não se mostra como verdade absoluta do momento, sendo fruto de inúmeras modificações com o passar do tempo, ou seja, amoldando-se a cada sociedade, não se mostrando estático, e sim dinâmico.

A prisão como sendo um meio muito forte e drástico de apenar o condenado,

e por frustrar os fins para o qual são aplicados (retribuição, prevenção e ressocialização), deveria ser dado, uma maior atenção as circunstâncias judiciais para não se mostrar uma forma de reprimenda maior do que o cumprimento de uma pena, visto que, hoje em dia quem pratica crimes passa a ser rotulado na sociedade como um criminoso, muitas vezes tendo dificuldades de voltar ao convívio social mesmo depois de cumprida a pena.

CAPITULO 2 PRINCÍPIOS E REGRAS RELACIONADOS COM A APLICAÇÃO DA PENA

A aplicação da pena a determinado indivíduo não ocorre de maneira livre e arbitrária. Orienta-se por princípios e regras gerais do direito, especificamente do direito penal, estes analisados conjuntamente com os aspectos evidenciados no caso concreto, de maneira que a reprimenda estatal deve dar-se de forma individual e 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, ressocialização, e à redução da criminalidade de maneira geral.

Assim, ao se considerarem quaisquer disposições legais, devem-se levar em conta obrigatoriamente o ordenamento jurídico como um todo, não aplicando isoladamente certos dispositivos. Essa harmonização do mundo Penal se dar com uma observação dos princípios e regras gerais do Direito Penal.

Esta concepção se evidencia nos diversos ramos da ciência jurídica e deve ser igualmente observado no momento da aplicação da sanção penal ao infrator, tendo o magistrado que se orientar em conformidade com o espírito das normas e sua adequação ao caso concreto.

Existem no ordenamento jurídicos diversos princípios que orientam o Direito Penal e mais especificamente a aplicação da pena ao caso concreto.

2.1 Importância dos princípios para o ordenamento jurídico

Os princípios no ordenamento jurídico tem grande relevo, devido ao seu caráter complementar, ou seja, é um sistema de coerência, visto que, são princípios

responsáveis pela coesão entre as leis de um ordenamento jurídico, e de sustentabilidade para a atividade jurisdicional com um todo. Na antiguidade confundia-se os princípios com o direito natural, dizendo-se que os princípios advém deste.

O princípio tem uma vital função de nortear a aplicação da lei, traçando diretrizes a serem seguidas, ou seja, ferir um princípio não significa simplesmente desrespeitar uma lei ou um artido de uma codificação, mas ir de encontro a um sistema de coerência legal.

Celso Antonio Bandeira de Mello, citado por Sergio Gabriel *on line*⁴:

[...] violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório mas a todo sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.

Portanto, os princípios mesmo que não estejam codificados tem o seu valor perante as normas, devendo serem seguidos ao pé da letra, pois constitui grande afronta e desrespeito a sua violação.

2.1.1 Princípio da legalidade

Está previsto explicitamente na Constituição, artigo 5º, XXXIX, “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem previa cominação legal” e também no Código Penal no artigo 1º, que traz a mesma redação.

Este princípio tenta mostrar que não se pode punir alguém sem que exista uma pena específica e certa, merecedora de tutela e positivada para que se possa

⁴ www.jusvi.com

punir uma pessoa por uma conduta típica por ela praticada. Nunca os costumes ou a moral poderão ser merecedores de coercibilidade.

Segundo Damásio Evangelista de Jesus (1999, p. 61 e 62):

O princípio da legalidade tem significado político, no sentido de ser uma garantia constitucional dos direitos do homem. Constitui a garantia da liberdade civil, que não consiste em fazer tudo o que se quer, mas somente aquilo que a lei permite. À lei e somente ela compete fixar as limitações que destacam a atividade criminosa da atividade legítima.

Esta norma penal tenta garantir à segurança jurídica e regular a atividade do juiz no momento da aplicação da pena, devendo-se observar os crimes tipificados e se abster a punir dentro dos limites estabelecidos pelo legislador, para que se possa garantir a ordem imposta pelo estado. Caso contrário estaria a barbárie e a insegurança jurídica instalada no ordenamento jurídico.

2.1.2 Princípio da isonomia

O princípio da isonomia, também denominado princípio da igualdade, foi extraído da Constituição Federal no seu artigo 5º, caput “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza...”.

Tendo sempre em vista que essa igualdade deve ser garantida para os considerados iguais, quando em posição de desigualdade, devem estes serem tratados de forma desiguais para tentar-se chegar a uma igualdade.

De acordo com o princípio da isonomia, incube ao magistrado (aplicador da lei) à árdua tarefa de observar os indivíduos e as suas peculiaridades, com o intuito de atenuar as desigualdades e efetivar a finalidade de justiça pretendida pelas normas.

2.1.3 Princípio da proporcionalidade da pena

O princípio da proporcionalidade da pena visa garantir uma pena proporcional ao fato praticado, ou seja, no momento do cometimento da infração e levando em conta sua gravidade, deve-se receber o delinqüente uma pena proporcional ao fato. Sempre tendo em mente este equilíbrio entre o fato e a pena. Caso este equilíbrio seja quebrado, ocasionará um inconformismo pela parte.

É denominado por Damásio Evangelista de Jesus de “princípio da proibição de excesso”, o que obriga ao Estado uma resposta na medida do dano causado pelo indivíduo.

A proporcionalidade das penas é analisada, quando da elaboração das leis, ou seja, no momento da feitura das leis pelos legisladores, já começa a ser traçado uma proporcionalidade entre o crime e os limites impostos pela lei. Num segundo momento o magistrado é quem irá definir a proporcionalidade, analisando a culpabilidade, e a correspondente pena imposta ao delinqüente.

2.1.4 Princípio da responsabilidade pessoal

**UFCG - CAMPUS DE SOUSA
BIBLIOTECA SETORIAL**

Este princípio vem esculpido no artigo 5º, XLV: “nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido”.

Rogério Grecco (2005, p. 86) define o princípio:

Em virtude do princípio da responsabilidade pessoal, também conhecida como princípio da pessoalidade ou da intranscendência da pena, somente o condenado é que terá de se submeter à sanção que lhe foi aplicada pelo

Estado. Já se foi o tempo em que não só o autor do fato respondia pelo delito cometido, como também pessoas ligadas ao seu grupo familiar ou social.

Desta forma podemos interpretar que a pena é uma forma de punir pessoalmente o infrator de uma norma penal, não podendo em hipótese alguma aplicá-la aos seus sucessores, como na antiguidade eram aceitos. Nas hipóteses de pena restritiva de liberdade só o condenado pode responder e cumprir sua pena, nos casos de penas pecuniárias ou penas com efeitos civis de um sentença condenatória sobrevivendo morte do condenado, essa pena pode ser transferidas aos sucessores, como aduz o artigo 1.977, Código Civil:

Art. 1.977 A herança responde pelo pagamento das dividas do falecido; mas, feita a partilha, só respondem os herdeiros, cada qual em proporção da parte que na herança lhe coube.

Portanto de acordo com os princípios e regras do direito penal, a pena não pode ser imputada a quem não deu causa, ou seja, quando se rompe o nexo causal da conduta criminosa, não deve responder, ressalvado os casos expressos em lei, como o caso da herança.

2.1.5 Princípio da culpabilidade

O princípio da culpabilidade deve ser observado em suas diversas fases. A primeira fase se dá no momento em que se busca observar se o agente cometeu a infração com dolo ou culpa, não tendo o agente praticado com dolo ou culpa o fato se torna atípico por falta de conduta.

Uma outra fase é a que averigua se o fato praticado pelo agente é culpável, ou seja, sendo um elemento integrador do conceito analítico de crime, segundo os

ensinamentos de Welzel, que para o fato ser considerado crime tem que ser típico, antijurídico e culpável. Essa culpabilidade se baseia na não existência de excludentes ou dirimentes da culpabilidade.

Na última fase do princípio da culpabilidade, deve-se ser analisado no momento da aplicação da pena pelo magistrado, ou seja com aduz o artigo 59 do Código Penal:

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

Desta forma a culpabilidade como circunstância judicial deve ser analisada o grau de censurabilidade e reprovabilidade do fato cometido pelo delinqüente, ou seja, a gravidade do injusto provocado pelo delinqüente. Melhor esclarecido será no tópico referente à culpabilidade.

2.1.6 Princípio da humanidade

De acordo com o princípio da humanidade e também com traços do princípio da dignidade humana, 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 (não havendo guerra) e de garantia da integridade do preso, tanto física quanto mental.

No momento da aplicação da pena, o magistrado (Estado) deve levar em conta o caráter humano das penas, devendo sempre buscar manter o equilíbrio da

vida em sociedade, observando o respeito e o digno tratamento do infrator, pois, embora tenha praticado algum ato contra o ordenamento, é parte integrante deste, portanto, por ele também protegido.

Deste princípio decorre outro, ou seja, o Princípio da Limitação das Penas, que de acordo com a Constituição em seu artigo 5*, XLVII:

Art. 5º (*omissis*)

I a XLVI (*omissis*)

XLVII Não haverá penas:

- a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;
- b) de caráter perpétuo;
- c) de trabalho forçados;
- d) de banimento;
- e) cruéis.

2.1.7 Princípio da individualização da pena

O princípio da individualização da pena vem expressamente garantido na Constituição Federal em seu artigo 5, XLVI, preconiza:

Art. 5º (*omissis*)

I a XLV (*omissis*)

XLVI a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outros, as seguintes:

- a) privação ou restrição da liberdade;
- b) perda de bens;
- c) multa;
- d) prestação social alternativa;
- e) suspensão ou interdição de direitos.

De acordo com este princípio, toda pena terá que ter um caráter individual para cada infrator, objetivando, em consonância com os demais princípios relativos à sanção penal, a imposição de medida própria a cada indivíduo e a 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.

Conforme o princípio da individualização da pena extrai-se que ela não só existe no momento da aplicação da pena, e sim em três fases, ou seja, esta individualização começa com os legisladores, quando da escolha dos bens mais importantes a serem tutelados. Na escolha do que seja crime os legisladores também usa critério político para definir o que se deva ser punido, valorando os bens e vendo a sua importância no meio social. É chamado de plano abstrato.

No segundo momento, a pena é inicialmente individualizada de acordo com o artigo 59 do Código Penal, fixando-se a pena no caso concreto, levando-se em conta a proporcionalidade com a gravidade do delito, permitindo que o juiz analise todas as peculiaridades relativas ao delito, ou seja, a análise da culpabilidade, do comportamento, das circunstâncias da execução do crime, a culpabilidade, os antecedentes criminais e etc. Esta é a primeira fase da fixação da pena, cumpre ainda o juiz analisar as circunstâncias atenuantes e agravantes, e também as causas de aumento e diminuição de pena, formando assim o sistema trifásico de fixação da pena adotada pelo artigo 68 do Código Penal Brasileiro.

Para finalizar o princípio da individualização da pena, cabe analisar o terceiro momento da execução da pena, conforme determina o artigo 5º da lei nº 7.210/84: "os condenados serão classificados, segundo os seus antecedentes e personalidade, para orientar a individualização da execução penal". Desta forma depois de individualizada quanto aos aspectos da cominação da pena e da aplicação, cabe ainda uma terceira forma de individualização para um melhor cumprimento de pena, de acordo com sua personalidade, seus antecedentes e suas aptidões.

2.1.8 Princípio do “*ne bis in idem*”

De acordo com este princípio ninguém pode ser punido duas vezes pelo mesmo fato praticado. No âmbito da averiguação das circunstâncias judiciais, ocorrerá as vezes por desatenção do julgador a apreciação de duas circunstâncias pelo mesmo acontecimento, ou mesmo de circunstâncias judiciais com circunstâncias legais, ou de circunstâncias judiciais com causas de aumento ou diminuição de pena.

Conforme preleciona Celso Delmanto (1986, p. 88):

Algumas das circunstâncias judiciais do caput deste art. 59 podem surgir, também, como circunstâncias legais (agravantes ou atenuantes), ou mesmo causas de aumento ou diminuição da pena. Por isso, deve-se tomar muito cuidado para que elas não sejam consideradas duas vezes, pois redundaria em inadmissível dupla valoração da mesma circunstância ou causa.

Em suma o princípio do “*ne bis in idem*” vela pela não consideração de causas já consideradas, para não prejudicar um mesmo réu duas vezes pelo mesmo fato, já tendo sido o mesmo valorado no próprio tipo penal ou em alguma das causas de aumento ou diminuição de pena ou circunstância judicial.

2.1.9 Princípio da retribuição e prevenção da pena

Segundo o enunciado do artigo 59 do Código Penal traz:

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

Como visto no Código Penal, parte final, adotou a teoria Mista ou Unificadora da pena, pois visa a unificação das teorias absoluta e relativa, sendo dessa forma pautadas nos critérios da reprovação e prevenção.

Quanto ao caráter retributivo é importante ressaltar que ao juiz é imposto a estrita observância do grau da culpa, de modo que cada um receba a punição de seu crime, na medida de sua culpabilidade, não da culpabilidade de outrem.

O caráter preventivo da pena se divide em dois aspectos, ou seja, o caráter da prevenção geral, pelo qual se visa prevenir o crime, mostrando a sociedade que quem de qualquer maneira pratique um fato considerado criminoso na legislação penal, este, será imputado uma pena correspondente ao fato delituoso praticado; visa uma intimidação da população. Na prevenção especial, mostra-se o caráter ressocializador da pena, ou seja, o fim da pena aplicada ao condenado é a de trazê-lo de volta ao convívio social, tentando de alguma forma recuperar o condenado.

2.2 Analisando as circunstâncias para a fixação da pena

De acordo com os princípios orientadores da aplicação da pena deve ser observado com especial atenção o princípio da individualização da pena, pois, segundo este princípio, se busca estabelecer parâmetros para a aplicação de uma pena individualizada pelo julgador.

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, pois, são frutos de uma análise quase sempre bastante subjetiva por parte do magistrado da causa. Todavia, nessa importantíssima tarefa de estabelecer, em cada caso, as

conseqüências jurídicas-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, como também não pode deixar de esclarecer alguns dos elementos usados na dosimetria da pena.

É bem verdade que a lei traz, expressamente, os passos para calcular a reprimenda. Contudo, fica a critério do magistrado estabelecer os critérios de valoração dessas diretrizes. Essa subjetividade que possui o julgador, no momento do cálculo da pena, poderia até converter-se em arbitrariedade, se não houvesse parâmetros de interpretação e aplicação da lei. Estes parâmetros traduzem-se em circunstâncias.

.Celso Delmanto, (1986, p. 88) definiu circunstâncias judiciais assim:

[...] circunstâncias são dados ou fatos (subjetivos ou objetivos) que estão ao redor do crime, mas cuja ausência não exclui o tipo penal, pois não lhe são essenciais, embora interfiram na pena. São denominadas circunstâncias as indicadas no caput deste art. 59. Ao lado delas, existem as circunstâncias legais, que são as agravantes e atenuantes (CP, artgs. 61, 62, 65 e 66), que ainda serão consideradas no cálculo da pena (CP, art. 68), após a fixação da pena base nos termos do art. 59.

A aplicação da pena de certa forma se torna alvo de inúmeros recursos interpostos perante os Tribunais, visando corrigir erros, que não foram examinados pelos juízes no momento da aplicação da pena base. Esse fato se deve basicamente pela inobservância e pelo desconhecimento de critérios limitadores e garantistas, previstos, principalmente, pela Constituição Federal.

O maior prejudicado por estes erros é sempre o condenado, pois erros dosimétricos na decisão penal significam, em regra, acréscimos em anos de cumprimento de pena. Estes erros não só aumentam a pena, como também podem vir a impossibilitar a fixação de regime prisional menos gravoso; a substituição, prevista no artigo 44, do Código Penal; a concessão de suspensão condicional da

pena; ou, até mesmo, a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva estatal. Na execução da pena exageradamente aplicada, maior também será seu tempo de cumprimento efetivo, para a obtenção de progressão de regime, de livramento condicional e etc.

Pelo ordenamento Penal vigente, ao individualizar uma pena, impondo-a de maneira proporcional e eficaz a determinado indivíduo, deve-se observar a um método que compreende três fases, pelo qual, conforme preceitua o artigo 68 do Código Penal:

Art. 68 A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e aumento.

Tem-se como benefício da utilização desse método de aplicação da pena o fato de apresentarem mais detalhadamente as razões pelos quais o magistrado majora ou minora o quantum aplicado na pena-base.

Busca-se com isso trazer uma análise das 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.

Na primeira fase, avaliam-se as circunstâncias judiciais, constantes do caput, do artigo 59, do Código Penal: culpabilidade, antecedentes, conduta social e personalidade do sentenciado; motivos, circunstâncias e conseqüências da infração penal; e, ainda, comportamento da vítima. Fixa-se, assim, a pena-base, que servirá de ponto de partida para a próxima fase.

Na segunda fase, o juiz diminui ou aumenta a pena-base, conforme existam, em concreto, alguma ou algumas circunstâncias agravantes, prevista nos artigos 61 e 62 do Código Penal, ou atenuantes previstas nos artigos 65 e 66 do Código Penal,

chegando, dessa forma, a uma pena provisória.

Na terceira fase, partindo o Magistrado dessa pena provisória, aumenta-a ou a diminui, de acordo com a constatação da ocorrência de causas especiais de aumento ou de diminuição da pena, previstas em diversos dispositivos da Parte Geral do Código Penal, e, ainda, nos próprios tipos penais. Determinando, assim, a pena definitiva a ser cumprida pelo condenado.

Levando-se em conta que, no caso concreto, pode não haver circunstâncias agravantes ou atenuantes, nem causas de aumento ou de diminuição da pena, mas, que, em todas as sentenças condenatórias, sem exceções, haverá de se analisar cada uma das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, sob pena de nulidade da decisão (art. 93, da CF). Portanto conforme o estabelecido cabe obter a pena-base da forma mais justa possível.

As circunstâncias judiciais podem se dividir em circunstâncias judiciais objetivas e circunstâncias judiciais subjetivas. Na primeira dizem respeito às circunstâncias do crime, às conseqüências e ao comportamento da vítima, e as segundas, dizem respeito aos antecedentes, à conduta, à personalidade e aos motivos do crime, atribuindo maior valor às circunstâncias de natureza subjetivas.

É de se perceber o tamanho da problemática pelo qual o juiz há de observar para aplicar uma pena, pois neste mister de aplicação da pena, percebe-se a complexidade da atuação do magistrado. Tendo o dever de compreender uma valoração subjetiva de alguns fenômenos ligados ao processo, definidos como circunstâncias judiciais, a ser desenvolvida de forma discricionária, mas, contudo, com observância das normas que fundamentam o ordenamento jurídico vigente, especialmente as de natureza constitucional, sob pena de nulidade da decisão.

Porém, a partir dos critérios postos na lei penal, deve o magistrado aplicar

uma pena que seja individualizada, observando sempre o que seja necessária e suficiente para promover a reprovação e punição do autor do crime, pelo fato de ter delinqüido, como também a prevenção, geral e especial, objetivando, a desestimulação por parte da sociedade, decorrente do temor da punição, e tentar fazer com que o agente não volte a delinqüir, procurando assim a ressocialização do condenado. Não podendo esquecer nunca o magistrado de observar no momento da sanção penal além de todos os outros princípios, especialmente os da humanidade e proporcionalidade.

CAPITULO 3 CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS: RELEVANTE MECANISMOS DE INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

Como relação às circunstâncias judiciais, cabe analisar todas as circunstâncias em específico, ou seja, cada singularidade da aplicação da pena base, a começar pela culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos do crime, circunstâncias do crime, conseqüências do crime e o comportamento da vítima, para uma melhor individualização.

Com isso evitar penas injustas, e buscar a melhor forma de prevenir e retribuir uma infração penal.

A seguir todas as nuances do objeto de estudo das circunstâncias judiciais do artigo 59 do código Penal.

3.1 Culpabilidade

Ao se analisar a culpabilidade cabe diferenciar esta como integrante do conceito analítico do crime, ou seja, fato típico, ilícito e culpável, que possui seus elementos (imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa); da culpabilidade como uma das circunstâncias judiciais a ser valorada na aplicação da pena.

Segundo Damásio Evangelista de Jesus (1999) à culpabilidade do agente como primeiro critério diretivo de fixação da pena, indica o grau de censurabilidade da conduta: quanto mais reprovável, maior deve ser a pena.

A culpabilidade trata-se, pois, do grau censurabilidade determinada pela conduta do agente, ou seja, se o fato praticado foi mais reprovável merece uma reprimenda maior do que aquele menos reprovável seja essa conduta, praticada por

via de ação, ou pela via da omissão.

A atitude que o agente exterioriza com a prática delituosa, no dolo direto, será a de menosprezo; no dolo eventual, a de indiferença; e quando verificada a culpa, a de descuido. De acordo com o grau de reprovabilidade praticada por qualquer dessas condutas, será valorada a pena pelo magistrado para a aplicação da pena-base. Devendo sempre o magistrado fundamentar concretamente os motivos do que formaram seu convencimento.

Esse grau de reprovabilidade feita pelo juiz deve ser pautado, em dois elementos da culpabilidade, ou seja, a potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa. Exclui-se a análise da imputabilidade, pois esta será averiguada de acordo com a teoria tripartida da aplicação da pena, na última fase, nas causas de aumento e diminuição da pena. É importante lembrar que caso o agente esteja prejudicado por um erro de proibição evitável, esta será analisada somente na terceira etapa, pois não exclui o crime e é somente causa de diminuição da pena.

Ao analisar a culpabilidade, deve-se levar em conta o momento da situação da prática do ato delituoso, sempre considerando a conduta que era exigida do agente no momento da situação em que o fato ocorreu. Esta é o melhor critério de se analisar a intensidade de reprovação da conduta criminosa. Quanto mais exigível a conduta diversa, maior é a reprovação de agir do criminoso.

Alguns juristas, entre os quais Guilherme de Sousa Nucci, entendem que a culpabilidade resulta da análise das demais circunstâncias judiciais. Há autores, ainda que consideram que a culpabilidade do artigo 59 do Código Penal, corresponde aos antigos fatores da intensidade do dolo ou da culpa, que eram considerados antes da vigência da reforma da parte geral (Lei nº. 7.209/84), devido

a idéia de graduação evidenciada.

É importante ressaltar que erros freqüentes são verificados na impropriedade do termo de sua fundamentação na dosimetria da pena, agindo assim o magistrado de forma imprecisa. Podem, ser apontados como erros a omissão do juiz, utilizando-se de fórmulas genéricas; as referências monossilábicas, tais como a culpabilidade é grave ou mínima; referência a gravidade da infração, quando esta faz parte do tipo penal, já tendo sido esta considerada e conseqüentemente nos limites da pena, mesmo que no mínimo legal; repetição da fundamentação das demais circunstâncias judiciais; utilização de fatores que constituem ou qualificam o delito; quando, ao considerar a culpabilidade como circunstância judicial, a analisa como pressuposto para a condenação; a consideração de fatores que sejam casos de aumento de pena, sendo estas analisadas somente na última fase da fixação da pena-base;

Os magistrados na apreciação das circunstâncias judiciais muitas vezes fundamentam dizendo que o réu agiu com culpabilidade, pois tinha a potencial consciência da ilicitude do fato praticado. É de se observar que se o agente não tivesse agido com culpabilidade não teria sido condenado, da mesma forma se não tivesse potencial consciência da ilicitude. É equivocada, porém, a atitude do magistrado que repete o juízo de constatação do crime e majora a pena do condenado baseado nessa culpabilidade. Da mesma forma não se pode majorar a pena com a simples alegação de que o condenado tinha agido de forma livre e consciente, pois se caso isto não acontecesse, não haveria nem que se falar em dolo.

Tais incidências caracterizam sem duvida o principio do “*ne bis in idem*” que proíbe a consideração de uma mesma situação, mas de uma vez, para o

agravamento da pena aplicada, conforme estudado acima.

É de se reconhecer, entretanto a imensa dificuldade a qual se submete o julgador, para aferir o grau de reprovabilidade, ou da conduta do agente perante o bem jurídico tutelado, mesmo porque é um ato que versa certo arbítrio para o magistrado em razões de suas convicções pessoais, seus princípios e suas ideologias, podendo dessa forma atuar contra o delinqüente. O justo seria que o juiz ao analisar a culpabilidade, se colocando na situação do delinqüente, e averiguasse se o agente poderia agir de outra maneira, ou se o agente tinha a potencia consciência da ilicitude do fato praticado.

3.2 Antecedentes

Segundo Rogério Grecco (2005, p. 626): “os antecedentes dizem respeito a todo o histórico criminal do agente que não preste para efeitos de reincidência”.

Portanto os antecedentes criminais são os fatos ou episódios bons ou maus que fazem parte da história da vida do condenado, só podendo ser reconhecido, servindo assim, para a majoração no momento de fixação da pena-base. É importante analisar os antecedentes criminais do condenado, em face de observar se trata-se apenas de um fato isolado ou de reiteradas condenações.

Existem dois principais aspectos a serem tratados no caso dos antecedentes criminais. O primeiro ponto relevante é a observação do que seja antecedentes criminais, tendo em vista o aspecto do princípio constitucional da presunção de inocência ou da não-culpabilidade. O segundo ponto relevante a ser ressaltado, trata-se da diferença do que seja antecedentes criminais e o que seja reincidência, tendo como finalidade de se evitar uma dupla apreciação, sendo aumentada a pena

duas vezes pelo mesmo fato, entrando em desacordo com o princípio do “*ne bis in idem*”.

No que tange o que seja antecedência, existem divergências tanto da doutrina como da jurisprudência a cerca da definição. Segundo o doutrinador Fernando Capez, este reconhece a possibilidade de reconhecer os efeitos em desfavor do agente, ainda que feitos policiais ou judiciais em curso, como caracterizadores dos maus antecedentes. De acordo com Rogério Grecco (2005), posiciona-se entendendo que a possibilidade de reconhecimento de antecedentes só ocorre com a condenação transitada em julgado, a qual não caiba mais recurso. Segundo os doutrinadores Ana Paula da Fonseca Rodrigues e Rodrigo Julio Capobianco, (2007 p. 97):

Antecedentes é o passado criminal do agente. Em decorrência da presunção constitucional de inocência do acusado, somente as condenações transitadas em julgado podem determinar a majoração da pena-base. Assim, não podem prejudicar o agente a existência de inquéritos policiais, em curso ou arquivados, ou de ação penal, em andamento ou julgada improcedente (absolvição) por falta ou insuficiência de provas.

Este entendimento anda em consonância com o mais recente entendimento do STJ, que tem sido no sentido de não se fazer possível considerar os feitos policiais e 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.

O STF tem entendido em sentido contrário, considerando que não impede que se leve em conta de maus antecedentes do acusado, para fins do disposto no art. 59 do Código Penal, a existência contra ele de inquéritos e processos criminais

sem condenação transitada em julgado.

Outro ponto relevante se dá na definição do que seja reincidência, tendo por escopo a não condenação do apenado pela reincidência e pela circunstância judicial dos antecedentes. É de amplo conhecimento que a análise da reincidência verifica-se na segunda fase da dosimetria da pena, uma vez que corresponde à circunstância agravante (artigo 61, I do Código Penal). A definição do que seja reincidência vem esculpida no artigo 63 do Código Penal que diz:

Art. 63 Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior.

Aspecto interessante a ser analisado na reincidência é que alguns crimes, como os políticos e os crimes militares próprios não geram reincidência, como também aqueles em que decorreu o lapso de cinco anos entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração que se esta julgando.

O enquadramento de acordo com os artigos 63 e 64 do Código Penal, evidencia circunstância agravante, que será analisada na segunda fase da fixação da pena.

Importante análise a ser observado é em respeito ao método utilizado por Maria Fernanda de Toledo Rodovalho Podval para a caracterização dos antecedentes criminais, através de um processo de eliminação de possibilidades.

Seguindo o referido método, eliminam-se do campo de abrangência dos antecedentes os inquéritos 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, pois estes não geram reincidência; os fatos praticados pelo infrator antes de atingir a maioridade penal, pois este não

comete crime e sim ato infracional, segundo o Estatuto da Criança e do Adolescente; 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, seja pela pena em abstrato, ou seja, pela pena em concreto; esta também não considera como antecedentes, o cumprimento ou a extinção há mais de cinco anos da prática delitiva.

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

É de lembrar que para a caracterização da prova de antecedentes, tem que se considerar a apresentação da certidão cartorária de antecedentes criminais, com menção a data da condenação anterior transitada em julgado. Portanto mais uma vez o magistrado tem que fundamentar a incidência dessa circunstância sob pena de nulidade.

Entende-se que a conduta posterior ao crime, onde não exista a reincidência, e sem ligação com o crime anterior ou nem com o mesmo objeto jurídico, não poderia ser considerado como antecedentes, pois os magistrados majoram uma pena tendo esta já sido cumprida, e que não raras às vezes, este crime não pertence nem ao mesmo objeto jurídico do crime anteriormente praticado. Caso o crime praticado anteriormente tenha o mesmo objeto jurídico, deveria ser majorada a pena do condenado, visto que, mesmo tendo cumprido a pena, o caráter preventivo especial (principalmente) e geral não funcionou para este criminoso, que voltou a

praticar um crime com o mesmo objeto jurídico.

3.3 Conduta social

Na definição de Rogério Grecco (2005, p. 627):

[...] por conduta social quer a lei traduzir o comportamento do agente junto à sociedade. Verifica-se o seu relacionamento com seus pares, procura-se descobrir o seu temperamento, se calmo ou agressivo, se possui algum vício, a exemplo de jogos ou bebidas, enfim, tenta-se saber como é o seu comportamento social, que poderá ou não ter influenciado no cometimento da infração penal.

Outro bom conceito extrai-se do doutrinador José Eulálio Figueiredo de Almeida (2002, p. 74):

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 desprezo e a respeitabilidade de que goza perante as pessoas do seu bairro ou da sua cidade, bem como o índice de rejeição de que desfruta entre os que o conhece socialmente; o seu entretenimento predileto (...) ou se prefere a companhia constante de pessoas de comportamento suspeito e freqüente, 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 desinteresse pelo mesmo, assim como o respeito e o relacionamento com funcionários, professores e diretores do estabelecimento escolar.

Apresenta-se sempre importante a verificação dos aspectos familiares, religiosos, laborais, com o intuito de se trazer para o processo uma demonstração de como seja seu comportamento social no meio em que vive e nos diversos setores de relacionamento.

Evidencia-se então o subjetivismo do que seja conduta social, e o que possa influir na fixação da pena estes comportamentos citados. Entretanto estão aumentando a pena do autor do fato criminoso não só pela conduta do fato que ele praticou (direito penal do fato), e sim, culpando-o também pelos fatos da conduta de

sua vida (direito penal do autor). Estaria assim, sendo punido o delinqüente por fato não visto como crime, ou seja, seu comportamento alheio ao crime, o seu dia-dia, simplesmente pela sua conduta que nada tem haver com o crime, tendo sua pena majorada devido certas circunstâncias de convivência.

Papel muito difícil para o magistrado na análise da sua conduta social é sua fundamentação, pois, na grande maioria dos processos judiciais, não se juntam elementos suficientemente capazes de permitir ao juiz a correta visualização do que seja conduta social, seja pela falta de provas produzidas neste sentido, seja pela precariedade das provas trazidas nos inquéritos e nos autos, que geralmente se resumem ao boletim de vida pregressa fornecido pela autoridade policial, no qual são fornecidas informações genéricas sobre o acusado, inclusive algumas respondidas por ele mesmo, motivo pelo qual o condenado pode responder da maneiras que quiser. Os inquéritos, em alguns casos, não servem nem para esclarecer o fato criminoso, quanto mais para analisar a conduta social do delinqüente.

Seria necessário um aprofundamento maior para que analisasse de forma segura o perfil social do réu, o meio onde está inserido. Como também uma escolha qualificada de certas testemunhas, para que se prestasse informações pertinentes aos autos do processo, dando assim oportunidade para uma justa valoração dessa circunstâncias em relação ao condenado.

Importante salientar que conduta social não se confunde com antecedentes criminais. O que ocorre na prática é quando não se consegue majorar a pena de determinado condenado pela análise dos antecedentes, tenta-se aumentar esta pena como circunstância judicial da conduta social do delinqüente, como se fosse um soldado de reserva: não cabendo um, cabe o outro. A doutrina é divergente

quanto a este procedimento, ora se admite a possibilidade de aumento da pena pelas anotações na folha de antecedentes criminais, tais como inquéritos policiais ou processos em andamento, pois, não poderia servir como antecedentes, visto que, não possui decisão judicial transitada em julgado, portanto, aplicando-se a majoração devido a conduta social reprovável. Ora entende não ser possível, visto que a lei determinou momentos distintos para a análise de tais circunstâncias.

É importante observar que os antecedentes buscam o passado criminal do agente, enquanto a conduta social buscar trazer uma valoração com base no comportamento do delinqüente em relação ao meio social em qual vive. Portanto pessoas que possuam condenações e péssimos antecedentes na folha criminal possam ter condutas sociais invejáveis, como comportamentos solidários, filantrópicos, assistencialistas, caridosos, tendo assim uma ótima conduta social. Seu histórico criminal deve ser analisado com base nos antecedentes, nunca na conduta social.

Não se deve esquecer que meras conjecturas negativas não são bastantes para aumentar a pena como circunstância judicial, como também a constatação de um fato isolado servir para se demonstra a conduta social, que é habitual.

Entende-se que uma conduta social importante para a majoração da pena é aquela que tenha uma certa vinculação com o delito praticado, pois brigas com vizinhos muitos tem, desentendimentos familiares principalmente em famílias pobres existem, pessoas que bebem por si só não serve para aumentar a pena dentre outros exemplos. Visto que não é de se admitir que uma pessoa cometa um crime contra a fé pública e tenha sua pena majorada por não possuir uma conduta social decorrente de desentendimentos com um vizinho.

Neste contexto o que deveria majorar a pena seria: no fato de pessoas que

convivem com drogados e usam drogas, serem presos por tráfico ou como usuário; pessoas que se sabe ter muitas brigas quando bebem, terem a pena majorada por esta circunstância; políticos que vivem sendo denunciados e cometem um crime contra a administração pública; pessoas que se sabem enganadoras em suas circunscrição de convivência, deve ter a pena majorada pelo crime de estelionato.

3.4 Personalidade do agente

De acordo com Celso Delmanto (1986, p. 89), a personalidade:

[...] diz respeito à sua índole moral, à sua maneira de agir e sentir, ao próprio caráter do agente. Deve-se averiguar se o crime praticado se afina à individualização psicológica do agente, caso em que essa sua personalidade voltada ao delito pesara em seu desfavor.

A personalidade do agente não se trata de um conceito jurídico, e sim de um conceito voltado as ciências da psicologia, psiquiatria e antropologia. O entendimento feito pela doutrina no que diz respeito o que seja a personalidade do agente, é a de que a personalidade do agente é um conjunto de caracteres que existe no indivíduo e a determina, tais como: a agressividade, a preguiça, a frieza emocional, a bondade, a passionalidade, seu grau de senso moral, traços emocionais, seu comportamento, e traços formados por inúmeros fatores endógenos e exógenos.

É de se notar a dificuldade pelo qual o magistrado tem que passar para a fundamentação dessa circunstância judicial, pois, o magistrado na maioria das vezes não tem conhecimento suficiente e voltado à averiguação da personalidade do agente, tendo somente o conhecimento empírico do que seja a psicologia e a psiquiatria, ou seja, para que o juiz faça uma valoração a cerca da personalidade do

agente é necessário o conhecimento técnico voltado a esta observação.

Outro ponto bastante relevante é que no processo penal, por vezes, na prática, pode acontecer de um outro juiz sentenciar a pena em vez do juiz que deu início ao processo, não tendo este nem ao menos tido uma audiência pessoal com o condenado, para uma análise mais aprofundada da personalidade. O ponto de maior relevância advém do poder judiciário e da polícia (inquéritos), o processo nunca vem suficientemente instruído de modo a permitir uma valoração a cerca das circunstâncias judiciais. A respeito deste tema diz o art. 6º, IX, CPP:

Art. 6º logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá:

I a VIII (*omissis*)

IX Averiguar a vida pregressa do indiciado, sob o ponto de vista individual, familiar e social, sua condição econômica, sua atitude e estado de animo antes e depois do crime e durante ele, e quaisquer outros elementos que contribuïrem para a apreciação do seu temperamento e caráter.

Na prática, não se vê um inquérito instruído com todos estes dados, que em tese ajudaria um pouco para uma melhor fundamentação da circunstância judicial da personalidade do agente.

É importante delimitar o campo de atuação do magistrado, ou seja, não abrange situações pelo qual se tenha que abranger diagnósticos de patologias ou atividades peculiares de especialistas. Portanto se houver dúvida por parte do magistrado se o réu tem algum desvio psicológico, deve o juiz então instaurar um incidente de insanidade mental, podendo aplicar-se uma medida de segurança no lugar da pena, ou ainda, considerar uma diminuição na culpabilidade do agente, em decorrência de apresentar discernimento reduzido.

Geralmente o que o magistrado observa para a averiguação da personalidade do agente é: o contato pessoal do juiz com o réu nas audiências e no interrogatório, devendo se atentar para a experiência deste em analisar esta circunstância; das

informações prestadas por testemunhas, laudos psiquiátricos ou quaisquer elementos que mostrem a sua personalidade.

Muito se discute a cerca da possibilidade de aumentar a pena de uma pessoa não pelo fato que esta cometeu (teoria do direito penal do fato) e sim pelos traços de personalidade que apresenta o réu (teoria do direito penal do autor). O pensamento penalístico dominante na atualidade é do direito penal do fato.

Observando o magistrado não possuir aptidão e meios de provas suficientes para a aplicação dessa circunstância, deve ele deixar de aplicá-la, declarar que não há meios suficientes para tal análise. Evitando-se, com isso, uma majoração precária, imprecisa, superficial, incompleta, limitada, pobre de provas. Não cometendo uma injustiça para com o condenado.

3.5 Motivos do crime

Na análise dos motivos do crime, deve-se levar em conta as situações psíquicas que levaram um indivíduo ao cometimento de um crime, fazendo o magistrado uma análise a respeito do crime, a saber a razão do fundamento da prática delitiva, o porquê do delito ter acontecido, e em que grau de reprovabilidade este motivo merece ser considerado.

Na lição de Celso Delmanto (1986, p. 89), os motivos do crime:

São as razões que moveram o agente a cometer o crime. Deve-se atentar à maior ou menor reprovação desses motivos. A circunstância, embora seja mais questionada nos delitos dolosos, excepcionalmente pode sê-lo nos culposos. Observa-se que não devem refletir, nesta fase, certos motivos (torpe, fútil, para assegurar a execução de outro crime etc.) que já estão especialmente classificadas como circunstância legais ou causas de aumento ou diminuição de pena.

Damásio Evangelista de Jesus (1999 p. 557) define:

O Código também refere-se aos motivos determinantes do crime, que correspondem ao “porquê” da prática da infração penal. Exs.: sentimento de honra ferida, revolta contra uma ato injusto, amor à família ou à pátria, gratidão, prepotência, cobiça, vingança, amor, luxúria, malvadez etc.

Busca os motivos do crime a diversidade de causas e finalidades específicas do fato criminoso no caso concreto, apresentadas nas variadas formas, de acordo com as intenções e sentimentos individuais. Deve se perguntar a cerca da natureza e da qualidade dos motivos que levaram o agente a praticar a infração penal.

Devem ser levados em conta e favoravelmente os motivos morais. Os imorais devem desfavorecer o condenado. Pode ser exemplificado o primeiro caso como a revolta de um ato injusto, amor à família ou à pátria, gratidão, paixões nobres. O segundo citam-se casos de vingança, cobiça, luxúria, malvadez, inveja, vícios.

Não é de se conceber que uma pessoa que furta um alimento para alimentar a sua família, que necessita de comida por estar passando fome tenha uma motivação menos reprovável, visto que, motivo nobre, do que uma pessoa que furta para ostentar aparências e luxos desnecessários.

Trata-se da circunstância mais importante para a fixação da pena-base, visto que, é através dela que o magistrado saberá o motivo, a razão, a iniciação, o porquê de o agente cometer determinado delito, a vontade criminosa, servindo assim este motivo para uma maior reprovabilidade a ser auferida pelo magistrado ou uma atenuação caso o motivo seja nobre ou moral. Se busca averiguar os motivos, que é diferente dos objetivos do delito, este é o fim a ser atingido pelo agente na prática delituosa da conduta que, o que se busca nos objetivos é saber para que o agente praticou este crime.

Muito cuidado deve ter o magistrado no momento da aplicação desta circunstância judicial, pois ela muitas vezes pode integrar a definição do próprio tipo

penal, como também a forma qualificada ou privilegiada do tipo, ou mesmo de causas de aumento ou diminuição da pena base. Neste momento de fixação deve o observar o juiz ao fixar a pena base o princípio do “no bis in idem”, que proíbe a dupla incidência de uma mesma causa, seja para aumentar a pena como também para diminuí-la. É de se observar diante do exposto o caráter residual das circunstâncias judiciais, não fugindo da regra os motivos do crime.

3.6 Circunstâncias do crime

Portanto é de se observar que as circunstâncias do crime podem se definir como sendo todo o invólucro do crime, ou seja, todos os fatores que se relacionam com o fato criminoso, embora não previsto no Código Penal, sendo assim os acessórios e os elementos acidentais do crime. São as particularidades observadas no caso concreto, que tem por base o lugar do crime, o tempo de sua duração, a relação da vítima, a postura adotada pelo infrator durante a realização da empreitada criminosa, a insensibilidade e o arrependimento do agente.

Na definição de Damásio Evangelista de Jesus (1999 p. 557):

[...] A expressão “circunstância” aqui empregada não diz respeito às agravantes e atenuantes previstas nos arts. 61 a 65, nem às causas de aumento e diminuição da pena descritas na Parte Geral ou Especial do Código. Caso contrário, o estatuto seria redundante. São circunstâncias que escapam à especificação legal e que servem de meios diretivos para o juiz aplicar a sanção penal.

Tendo por base essas definições, é de se observar que um crime cometido no interior de uma igreja, ou a morte de uma pessoa com vários golpes de facas, o mau tratamento do delinqüente com a vítima, o emprego de violência quando não necessário, a duração do crime, mesmo não fazendo parte do tipo penal ou não

sendo circunstâncias ou causa da aumento ou diminuição da pena, poderá a pena ser elevada de acordo com esses dados acessórios e acidentais do crime.

No sentido contrário, seria de se observar que uma pessoa que mata outra em sua própria casa, que se utiliza de um único golpe de faca, que trata a vítima de forma a minorar o seu sofrimento, que não usa o emprego de violência, a duração do crime é ínfimo, terá sua pena diminuída observada estas circunstâncias acessórios e acidentais do crime.

De acordo com o caráter residual da aplicação das circunstâncias judiciais, sempre que necessário e possível evitar a incidência do mesmo fato duplamente avaliado, ou seja, a não contrariedade do princípio constitucional do ne bis in idem. Esta dupla valoração pode se dar de formas variadas, isto é, quando o crime já vier capitulado no próprio tipo penal, ou no caso de circunstância legais de aumento ou diminuição da pena, ou ainda nos casos de aumento e diminuição da pena, não poderá assim ser apreciada novamente.

Ponto importante a se observar ainda na fixação da pena é o da comunicabilidade das circunstâncias no concurso de agentes, só podendo comunicar a circunstância ao co-autor, fazendo-se necessário que este tenha pelo menos conhecimento da sua ocorrência, visto que pela interpretação do artigo 29 do Código Penal, o individuo só pode ser responsabilizado pelo crime na medida de sua culpabilidade.

3.7 Conseqüência do crime

As conseqüências do crime dizem respeito aos desdobramentos advindos da conduta do agente, ou seja, a revelação da danosidade decorrente do delito

cometido. Portanto deve-se analisar as conseqüências do crime para além do fato típico.

Essa maior ou menor danosidade podem ser dadas de várias formas possíveis, ou seja, essa conseqüência pode ter um caráter moral, o que implicará um sofrimento psíquico elevado, pode ser patrimonial, quando se subtrai muito dinheiro de uma pessoa, deixando estar a mercê de caridades, pode se dar de forma física, por exemplo, quando uma pessoa perde o movimento de um braço.

Pode-se citar o caso de uma pessoa vir a ser morta em decorrência de disparos de arma de fogo, tendo a vítima um total de oito filhos que eram mantidos pelo mesmo, esta pena terá que ser majorada em decorrência das conseqüências do crime provocada no seio familiar. Outro exemplo, comparando o anterior, é a morte de uma pessoa solteira, sem família, e que vivia de trafico, envolvido em muitas confusões no morro onde morava, a pena deste crime não será sopesada da mesma forma que o delito anterior.

Exemplo para melhor fixação do tema dado por Rogério Grecco (2005, p. 630):

Os crimes contra a administração Pública, em nossa opinião, encontram-se no rol daqueles cujas conseqüências são as mais nefastas para a sociedade. Os bandidos de colarinho branco, funcionários de alto escalão na administração pública, políticos inescrupulosos e tantos outros que detêm uma parcela de poder, quando efetuam suas subtrações dos cofres públicos causam verdadeiras devastações no seio da sociedade. Escolas deixam de receber merendas, hospitais passam a funcionar em estado precário, obras deixam de ser realizadas, a população miserável perece de fome, enfim, são verdadeiros genocidas, uma vez que causam a morte de milhares de pessoas com suas condutas criminosas.

Todas estas conseqüências trazem sofrimento para a vítima e grande revolta para a sociedade, visto que a sociedade se revolta com a hediondez como é praticado certos delitos, devendo sempre o juiz no momento da aplicação da pena-

base, ater-se a estes dados na valoração da circunstância judicial.

Divergência ocorre na possibilidade de o juiz majorar a avaliação da consequência, 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 um crime com maior repercussão social decorre das funções retributivas e de prevenção geral da pena, previstas no próprio artigo 59 do Código Penal.

Ocorrem, com acentuada frequência, equívocos por parte dos magistrados, ao considerar como consequência do crime circunstâncias que integram o tipo ou qualificam, ao admitir, por exemplo, que as consequências de um homicídio foram graves porque a vítima teve a sua vida tirada. O que constitui resultado natural do delito de homicídio, ou ainda, pela utilização de formas genérica que padecem de fundamentação quando, como o ofendido sofreu acentuado prejuízo, procedendo a majoração da pena.

Cabe observar que para Celso Delmanto diz que as consequências do crime não devem ser observadas quando se tratar de crimes culposos, e ser observadas somente nos crimes dolosos.

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

3.8 Comportamento da vítima

A circunstância judicial do comportamento da vítima, é um instrumento novo,

trazido pela inovação da parte geral do Código Penal de 1984, fazendo assim com que o magistrado além de observar todas as nuances do comportamento do réu, também haverá de observar o comportamento da vítima na concorrência do evento danoso a ser punido, visto que, em muitas vezes a vítima concorre para o resultado da atividade criminosa.

Ana Paula da Fonseca Rodrigues e Rodrigo Julio Capobianco (2007, p. 98) definem o comportamento da vítima:

Refere-se à possibilidade de a conduta da vítima atuar como estímulo à prática do crime, caso em que a punição do agente poderá ser abrandada. As pessoas que contribuem com o seu comportamento para a eclosão do evento criminoso são denominadas vítimas natas exemplo: personalidades insuportáveis, antipáticas, sarcásticas, irritantes etc.).

Os estudos da vitimologia, ou seja, a ciência que estuda os comportamentos da vítima nos eventos criminais, em muito vem ajudando em uma melhor explicação e em uma melhor prevenção do crime. Pessoas de comportamentos descritos como insuportáveis, antipáticas, prostitutas, homossexuais, irritantes, criadoras de casos, sarcásticos, tende a ser vítimas natas, ou seja, crimes acontecem pelo simples fatos dessas pessoas demonstrarem tais comportamentos. Estas pessoas que pratica tal conduta se intitulando justo, apenas tem uma falsa impressão do que seja justiça, muitas vezes pode se achar no direito de praticar um crime em decorrência de tais pessoas se comportarem, ou permanecerem ao seu lado.

Seguindo os ensinamentos do professor Túlio Lima Vianna *on line*⁵, a influência do comportamento da vítima pode ser melhor compreendida de forma sucinta e clara:

Não justifica a diminuição de pena nos crimes contra os costumes a mera

⁵ www.jus2.uol.com.br

roupa provocante com a qual desfila 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.

Outro exemplo a ser dado sobre a vitimologia é o fato de a vítima andar calmamente em um bairro conhecido por todos como perigoso, e parar em uma padaria para fazer compras, deixando o carro com as janelas abertas e a chave na ignição do automóvel, veja que o bandido no planejamento do crime, observa as facilidades e a falta de resistência encontrada para a prática delituosa.

Para demonstrar as formas de influência do comportamento do ofendido na prática delituosa, a doutrina utiliza a classificação da vítima em inculpável, a 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 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. Considerando a vítima como parcialmente culpável, não se justifica a elevação de pena ao réu com relação a esta circunstância. Por último, a classificação da vítima como culpável, não haverá majoração da pena ao autor do crime e sim uma diminuição.

E de se observar que muitos crimes não possuem vítimas determinadas, ou seja, nos casos de crimes de sonegação fiscal, ou uso de substâncias entorpecentes, onde a vítima é a fazenda pública e a coletividade respectivamente, não tem qualquer possibilidade fática de ter contribuído para a ocorrência da prática delituosa.

No momento da aplicação da circunstância judicial, deve o magistrado

observar sempre que certas figuras típicas, como o caso do homicídio privilegiado do artigo 121, parágrafo primeiro, “se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob domínio de violenta emoção, logo em seguida injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço”. Essa observação se torna importante para evitar a dupla incidência de diminuição da pena pela mesma circunstância, tendo assim o réu o benefício de se diminuir a pena por duas vezes, ou seja, uma no parágrafo primeiro e outra no momento da fixação da pena base, pois se trata de circunstância judicial que minora pena do condenado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como visto, não tem como o juiz deixar de observar as peculiaridades das circunstâncias judiciais, sendo muito importante para uma melhor individualização da pena, sendo observadas e fundamentadas para uma adequada aplicação. O juiz não se transmuda em um justiceiro ao aplicar a pena, e nunca deve se descuidar da observância de certos requisitos e demonstração de sua existência, pois sua decisão estaria passível de recurso por parte do ofendido.

O caráter subsidiário das circunstâncias judiciais foi confirmado, visto que só se deve considerá-las no caso em que não existir circunstâncias legais ou causas de aumento ou diminuição da pena, como também não houver qualificadora no próprio tipo penal, que possam se adequar ao fato concreto, incrementando a dosimetria. Com o intuito de evitar “bis in idem”, ou seja, a aplicação do mesmo fato duplamente analisado.

Viu-se que não bastam meras suposições ou citações genéricas a cerca das circunstâncias; o juiz deve aprofundar-se nesta aplicação, vendo e analisando cada uma delas, individual e detalhadamente.

Observou-se, ainda, que ao fazer essa análise deve o magistrado atentar principalmente para que, quanto aos antecedentes, ocorra encaixe perfeito entre o perfil reconhecido e a respectiva comprovação; na culpabilidade fazendo uma análise profunda do seu grau de reprovabilidade; a conduta social seja apreciada com o respaldo de testemunhas confiáveis e inquéritos bem organizados; na personalidade deveria ser observado o parecer de profissionais da área, aptos a fazerem uma análise mais aprofundada; nos motivos, o juiz deve se colocar no lugar do réu e analisar toda a sua cultura, considerando suas questões pessoais; nas

circunstâncias deve-se ver o invólucro do crime, ou seja, os fatos acessórios e acidentais do crime; nas conseqüências do crime deve-se ver se aconteceram de forma a deixar grande dano moral ou físico às vítimas; e por último, observação acurada do contexto para saber se a vítima concorreu, ou não, para a ocorrência do resultado lesivo.

A imparcialidade do juiz neste momento tem que ser de grande monta, a não deixar que suas convicções pessoais ultrapassem o justo, sendo válvula de escape respaldada pela margem de discricionariedade quando da aplicação da pena base, prejudicando, assim, o condenado. Não pode existir arbitrariedade no momento da aplicação da pena-base. Não podem existir dúvidas acerca da aplicação das circunstâncias, visto que, o princípio do *"in dubio pro réu"*, na dúvida deve-se deixar de considerar a circunstância apreciada.

Não se trata de uma matéria fácil para o julgador. Muito complicado decidir a liberdade de um ser humano, principalmente tendo uma margem legal a lhe conferir uma possibilidade de escolher dentre os critérios norteadores, uma quantidade de pena na primeira fase. Muito vem sendo criticado e desacreditado o Poder Judiciário brasileiro, principalmente pelos programas sensacionalísticos, aumentando assim as pressões e responsabilidades da pessoa do julgador, importando muitas vezes, em prejuízo, a sua imparcialidade perante o caso.

Para o réu é de se esperar uma expectativa grande depositada na sentença e em saber os motivos que fundamentaram a pena aplicada, dentre esses fundamentos, a fixação da pena base é ponto delicado, visto que consiste na margem de discricionariedade dada ao julgador.

Em conclusão, percebe-se que mesmo condenado, o réu não perde sua dignidade, e é da adequada fundamentação da pena base que emergirá uma

dosimetria justa, consagrando, em cada sentença bem fundamentada o princípio basilar, pai de todos os outros: Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

REFERÊNCIAS

BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. 1. ed. São Paulo-SP: Martins Fontes, 1999.

BINTENCOURT, César Roberto. *Tratado de direito penal*. Parte geral. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

CAPELA, Fábio Bergamin. *Pseudo-evolução do Direito Penal*. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2795>. Elaborado em 02.2002. Acessado em 10 de setembro de 2007.

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

COLLE, Juliana de Andrade. *Crítérios para a valoração das circunstâncias judiciais (art.59, do CP) na dosimetria da pena*. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 572, 30 janeiro de 2005. Disponível em: www.jus3uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6232. acessado em 14 de setembro de 2007.

COSTA, Paulo Jr. *Curso de direito penal*. Parte Geral. 2. ed. São Paulo-SP: Saraiva, 1999.

CUANO, Rodrigo Pereira. *Historia do direito penal brasileiro*. Disponível em: <http://www.universojuridico.com.br/publicacoes/doutrinas/default.asp?action=doutrina&iddoutrina=884> Rodrigo Pereira Cuano acesso em 10 setembro 2007

DELMATO, Celso. *Direito Penal Comentado*. 1. ed. São Paulo-SP: Renovar, 1986.

GABRIEL, Sergio. *Os princípios gerais do direito e o princípio da dignidade da pessoa humana no direito das obrigações*. Disponível em: http://jusvi.com/doutrinas_e_pecas/ver/2585. Acessado em 11 de setembro de 2007.

GOMES, Luiz Flavio. *Funções da pena e da culpabilidade no direito penal*. Disponível em www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20041008161904415. acesso em 5 de outubro de 2007.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. Parte Geral. 5 ed. Niterói-RJ: Impetus, 2005.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal. Parte Geral. 6. ed.* Rio de Janeiro-RJ: Forense, 1984.

JESUS, Damásio Evangelista. *Direito Penal. Parte Geral. 23. ed.* São Paulo-SP: Saraiva, 1999.

JORGE, Willian Wanderley. *Curso de Direito penal. Parte Geral. 6. ed.* Rio de Janeiro-RJ: Forense. 1984.

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. Acessado dia 23 de outubro de 2007.

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

COSTA, Paulo Jr. *Curso de direito penal. Parte Geral. 2.ed.* São Paulo-SP: Saraiva, 1999.

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 15 outubro de 2007.

RODRIGUES, Ana Paula da Fonseca; COPOBIANCO, Rodrigo Julio. *Exame da Ordem.* 4 ed. São Paulo-SP: Método, 2007.

SANTANA, Edmundo Manoel. *O princípio da culpabilidade como limite constitucional a aplicação da responsabilidade penal.* Disponível em <http://www.revista.grupointegrado.br/discursojuridico/include/getdoc.php?id=42&artid=10&mode=pdf> acesso em 21 de Outubro de 2007.

VIANNA, Túlio Lima. *Roteiro didático de fixação da pena.* Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3733>. Elaborado em 08.2002. Acessado em 11 de setembro de 2007.