

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**DOSIMETRIA DA PENA NO ORDENAMENTO JURÍDICO
BRASILEIRO**

Nathássia Forato

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**DOSIMETRIA DA PENA NO ORDENAMENTO JURÍDICO
BRASILEIRO**

Nathássia Forato

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do Grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Cláudio José Palma Sanchez.

Presidente Prudente/SP
2011

DOSIMETRIA DA PENA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Trabalho de Monografia aprovado como
requisito parcial para obtenção do Grau
de Bacharel em Direito.

Cláudio José Palma Sanchez
Orientador

Elmer Giuliano Portaluppi
Examinador

André Luis Felício
Examinador

Presidente Prudente, 29 de novembro de 2011

“Teu dever é lutar pelo Direito. Mas no dia em que encontrares
o direito em conflito com a Justiça, luta pela Justiça.”

Eduardo Juan Couture

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus porque sem Ele eu não existiria.

A meus pais, Eliara e Dirceu que me colocaram no mundo, me amam e me apoiaram no desenvolvimento deste trabalho e durante toda a faculdade.

Ao meu avô Dirceu, e às minhas avós Nair e Alair, por terem sido exemplo de luta na vida.

Ao meu namorado, por ser paciente e compreensivo.

Aos meus primos, por terem, em sua inocência me divertido após horas escrevendo este trabalho.

Aos meus amigos, por estarem sempre ao meu lado.

Aos meus professores, por terem transmitido um pouco de seus conhecimentos.

Agradeço em especial ao meu orientador professor Claudinho por seus ensinamentos e colaboração, incentivando e apoiando a realização deste trabalho.

Por fim, a todos aqueles que estiveram de qualquer forma me auxiliando e torcendo para que tudo desse certo.

RESUMO

O presente trabalho tem como tema “A Dosimetria da Pena no Ordenamento Jurídico Brasileiro”. O objeto de estudo se volta para a pena e sua aplicação de acordo com as disposições do ordenamento jurídico. A problemática discorrida sobre o tema abordou primeiramente a história da pena no mundo, posteriormente a história da pena no Brasil, a finalidade da pena, os sistemas para sua aplicação e finalmente a dosimetria da pena, com o propósito de se responder as seguintes indagações: Quais as mudanças da pena relacionadas com a evolução da sociedade? Que princípios norteiam a aplicação da pena no Brasil? Qual a importância do estudo do instituto da pena? Por que a dosimetria da pena deve ser observada com cuidado na aplicação da reprimenda penal? O objetivo desta investigação constituiu-se em possibilitar a reflexão a respeito do tema, uma vez que todo o procedimento penal culmina na sentença e, se a aplicação da pena estiver equivocada gera nulidade. Justifica-se a necessidade deste estudo para compreender o tema, pois a pena acompanha o ser humano desde os primórdios da convivência em sociedade até os dias atuais. Quanto à metodologia, optou-se pelo enfoque histórico-dedutivo, por meio de estudos de leis, pesquisas doutrinárias e jurisprudenciais, além de fontes bibliográficas e documentais. Como principais contribuições apresentam-se a importância dessa pesquisa, e, sobretudo, o acréscimo de pontos interessantes como conhecimentos para outras investigações que tenham o objetivo aprofundarem estudos a respeito da importância da pena, sua evolução histórica, princípios e sistemas de aplicação da pena.

Palavras-Chave: Pena. História. Princípios. Dosimetria.

ABSTRACT

The present work has as its theme "The Dosimetry of penalty in the Brazilian legal system" The object of study is the penalty and its application in accordance with the provisions of law. The problematic discoursed about the subject addressed first the history of the penalty in the world, after then the history of the sentence in Brazil, the purpose of sentence, the systems for its application and finally the dosimetry of the sentence, in order to answer the following questions: What are the changes of the penalty related with the development of society? What principles guide the application of the penalty in Brazil? How important is the study of the Institute of the penalty? Why the dosimetry of penalty should be observed carefully in the application of criminal reprimand? The objective of this investigation consisted in enabling reflection about the subject, since all the criminal proceeding culminates in the sentence and, if the application of the penalty is wrong it generates nullity. Justifies the need for this study to understand the subject, because the penalty accompanies humans since the dawn of living in society until the current days. Regarding the methodology, it was chosen the historical-deductive, through studies of law, doctrinal and jurisprudential research, beyond bibliographical and documentary sources. The main contributions shows the importance of this research, and mostly the addition of interesting points like knowledge for another investigations that have the aim to deepen it studies about the importance of penalty, its historical evolution, principles and application systems.

Key-Words: Penalty. History. Principles. Dosimetry.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	8
2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA PENA	10
3 PENA NO BRASIL.....	12
3.1 A Pena no Código Criminal do Império do Brasil de 1830.....	13
3.2 A Pena no Código Penal dos Estados Unidos do Brasil de 1890.....	14
3.3 A Pena no Código Penal de 1940	15
3.4 A Pena na Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988	16
4 PRINCÍPIOS NORTEADORES DA APLICAÇÃO DA PENA	18
4.1 Princípio da Igualdade ou Isonomia	18
4.2 Princípio da Legalidade	19
4.3 Princípio da Anterioridade da Lei Penal	19
4.4 Princípio da Personalidade ou Pessoalidade	20
4.5 Princípio da Proporcionalidade.....	21
4.6 Princípio da Humanização.....	21
4.7 Princípio da Individualização da Pena.....	22
5 TEORIAS A RESPEITO DA FINALIDADE DA PENA	23
6 SISTEMAS DE APLICAÇÃO DA PENA.....	25
6. 1 Sistema Bifásico.....	25
6. 2 Sistema Trifásico.....	26
7 APLICAÇÃO DO SISTEMA TRIFÁSICO.....	27
7.1 Pena-Base.....	27
7.1.1 Circunstancia judicial: culpabilidade.....	29
7.1.2 Circunstância judicial: antecedentes	29
7.1.3 Circunstância judicial: conduta social.....	31
7.1.4 Circunstância judicial: personalidade do agente	32
7.1.5 Circunstância judicial: motivos do crime.....	32
7.1.6 Circunstância judicial: circunstâncias do crime propriamente ditas.....	32
7.1.7 Circunstância judicial: conseqüências do crime	33
7.1.8 Circunstância judicial: comportamento da vítima	33
7.2 Pena Provisória.....	33
7.3 Pena Definitiva	44
7.4 Substituição da Pena	45
8 ANÁLISE REAL DA DOSIMETRIA DA PENA	48
9 CONCLUSÃO	54
BIBLIOGRAFIA	56
ANEXOS	58

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa enfocou as normas a respeito da aplicação da pena no ordenamento jurídico brasileiro.

Optou-se por utilizar o método de pesquisa histórico-dedutivo, utilizando-se de fontes bibliográficas e pesquisas jurisprudenciais a respeito do tema, bem como estudo de caso concreto consistente na análise da dosimetria da pena em sentença real.

O tema “Dosimetria da Pena no Ordenamento Jurídico Brasileiro” norteou o presente trabalho por meio de estudos e conhecimentos a cerca da reprimenda penal com o propósito de responder as seguintes indagações: Quais as mudanças da pena relacionadas com a evolução da sociedade? Que princípios norteiam a aplicação da pena no Brasil? Qual a importância do estudo do instituto da pena? Por que a dosimetria da pena deve ser observada com cuidado na aplicação da reprimenda penal?

A reflexão em busca de respostas a esses questionamentos possibilitou a pesquisa, abordando, primeiramente, a história da humanidade em relação à evolução da pena.

O fato é que, quando o ser humano começou a viver em sociedade tornou-se necessária a elaboração de regras para dispor a respeito de condutas permitidas e proibidas. As normas que começariam a nascer, para surtir efeito, vieram acompanhadas de castigos àqueles que não as cumprissem.

Antigamente, as penas não possuíam a idéia de proporcionalidade e buscava-se a vingança pelo mal que o delinqüente causou à sociedade. Com a evolução da sociedade a pena se transforma. É vista, então, como uma aliada do Estado para a punição dos transgressores, para coibir a prática de crimes e restabelecer a ordem.

Buscou-se, também, estudar a evolução da pena no Brasil, observando-se as regras de aplicação da pena nos códigos de leis anteriores ao Código Penal de 1940 e à Constituição Federal de 1988.

Os estudos possibilitaram a reflexão a respeito dos princípios norteadores da aplicação da pena no Brasil, como os princípios da reserva legal, da

anterioridade da lei penal, da proporcionalidade, humanização e da individualização da pena.

Discorreu-se sobre as penas previstas no Código Penal, quais sejam, a privativa de liberdade, a restritiva de direitos, a pena de multa e a medida de segurança.

Justifica-se tal pesquisa, por ser a pena inerente a natureza do homem sendo que, a partir do momento em que o homem começou a viver em sociedade, surgem certas normas para regulamentar o convívio entre as pessoas. Quando tais normas deixam de ser cumpridas, o convívio social impõe sanções aos indivíduos, que transpõem os ditames, a fim de buscar a paz social.

Dessa forma, buscou-se estudar a finalidade da pena uma vez que ela é utilizada para prevenção de crimes e punição aos criminosos e é aplicada frente ao interesse coletivo de preservar o bem-estar social.

A pesquisa ainda tem como objeto de estudo o sistema bifásico e trifásico de aplicação da pena, com ênfase na aplicação da pena no atual ordenamento jurídico brasileiro.

Importante salientar que, abordou-se, na presente pesquisa as etapas da individualização da pena nas quais há a fixação da pena base tendo em vista as circunstâncias judiciais culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos, circunstâncias propriamente ditas e conseqüências do crime e o comportamento da vítima.

Abordou-se, também, a segunda fase da aplicação da pena na qual há uma pena provisória para o delito, considerando as agravantes e atenuantes e, posteriormente a aplicação definitiva da sanção penal, com análise das causas de aumento e diminuição de pena.

Finalmente, analisou-se a dosimetria da pena no caso concreto, realizando pesquisa de sentenças crime no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Nesse ponto, foram identificadas nas sentenças as fases de aplicação da pena frente à abordagem do tema já realizada anteriormente na presente pesquisa.

Por fim, foram apresentadas as conclusões e observações acerca do tema do presente estudo, visando à reflexão a respeito da pena e seu critério de aplicação.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA PENA

As leis que instituem e determinam o permitido e o proibido no convívio social não é uma realidade recente, porém, primeiramente não existiam e foram surgindo aos poucos, com o convívio do homem em sociedade.

De acordo com os ensinamentos de Boschi (2000, p. 87-99), com a formação de grupos de pessoas, os indivíduos começaram a criar regras para as situações cotidianas. Não havia, no entanto, nessa época, uma idéia de direito e conseqüentemente de pena.

Nas primeiras tribos, a crença do povo se voltava para o sobrenatural e acreditavam que existiam condutas proibidas, consideradas pecados. Esses geravam a ira dos deuses que a descontava sob a forma de fenômenos naturais como inundações, secas, erupções vulcânicas. Os primitivos cultivavam a idéia de que as más condutas poderiam gerar tais reprimendas dos deuses. A pena era em benefício da coletividade e voltado para um ente sobrenatural e desconhecido.

A forma encontrada por esses povos para satisfazer a ira dos deuses e restabelecer a ordem com a finalidade de acabar com a incidência dos fenômenos naturais, era a oferta de sacrifícios, em sua maioria, humanos.

Entretanto, o sacrifício de um terceiro para aplacar a ira dos deuses em prol da tribo não levava em consideração a pessoalidade da pena. Por isso, com o passar do tempo, outra espécie de pena instituída para punir os delitos praticados foi a expulsão daquele que transgrediu do convívio social, demonstrando o surgimento do princípio da pessoalidade da pena em relação ao transgressor.

Posteriormente, a pena se transformou em uma vingança da sociedade contra o delinqüente. Com a Lei de Talião, o conhecido brocardo “olho por olho, dente por dente”, demonstra que existia uma noção da aplicação de proporcionalidade na punição dos criminosos.

A proporcionalidade, nesse caso, igualava a pena ao delito praticado. Mostrava-se nítida, também a pessoalidade da pena, na qual apenas aquele que havia cometido o delito poderia ser destinatário da pena, assim como acontece atualmente, na maioria das legislações.

O Estado, então, passou a se preocupar com a aplicação das penas conforme regulamentação própria. No entanto, mesmo sob a intervenção estatal, na

aplicação da punição ao indivíduo, não se primava pela dignidade da pessoa humana, uma vez que as reprimendas ainda eram corporais e cruéis.

Com a aliança Estado-Igreja, a pena ganha uma face obscura. Nesse sentido, temos as condições das sanções penais da época descritas na visão de Boschi (2000, p. 92):

Os inquisidores, amparados em duas grandes codificações eclesiásticas – *DIRECTORIUM Inquisitorium e Malleus Maleficarum* -, desencadearam as mais implacáveis perseguições, ensopando, com acusações absurdas e condenações obtidas mediante confissões extorquidas, o solo de muitas regiões do planeta com o sangue de muitos inocentes.

Percebe-se, assim, que o corpo do condenado sofria a pena e comumente, havia espetáculos públicos, nos quais os delinquentes eram condenados à força, à fogueira, à decapitação.

Ainda, segundo Boschi (2000, p. 93):

Esta foi, portanto, uma época em que as penas estatais expressaram, unicamente, a ira do poder absoluto dos reis e da igreja contra os súditos que ousavam pensar diferentemente da cartilha religiosa. Época que haveria de perdurar longamente, em que o direito e suas penas de morte, cruéis e infamantes, estiveram a serviço da opressão e da intolerância em nome de interesses políticos e de dominação inconfessáveis.

Nessa fase, a pena servia a poucos que estavam no poder para gerir seus interesses em detrimento dos menos favorecidos.

Posteriormente, a pena foi vista como ferramenta estatal para a punição dos transgressores, para coibir a prática de crimes e atingir a paz social.

No início da idade moderna, os processos, que na época da Inquisição eram secretos, se formalizaram. Entenderam os estudiosos da época, que a justiça criminal deveria punir, diferente do que era feito, que estava baseado em vingança pelo mal causado pelo criminoso.

Disseminou-se, então, que melhor que as penas corporais seriam a aplicação de penas como as privativas de liberdade ou as restritivas de direitos, proibindo-se as penas cruéis e visando a ressocialização do condenado, baseando-se sempre no princípio da dignidade da pessoa humana. Dessa forma, ocorreu no Brasil uma evolução gradativa que levou ao direito penal existente hoje.

3 PENA NO BRASIL

Na época em que as populações indígenas habitavam todo o território nacional, não existiam códigos com leis escritas. As regras de conduta dos povos indígenas estavam baseadas nos costumes de cada tribo e o pajé resolvia os conflitos, de acordo com Silva (2002, p. 35).

A responsabilidade penal entre os índios não diferenciava sexo ou idade e inexistia a inimputabilidade penal. Utilizavam a prisão para manter o inimigo sob sua guarda para aplicar-lhe o castigo.

Houve no Brasil, de acordo com Shecaira e Corrêa Junior (2002, p. 36-38), as chamadas Ordenações do Reino, que ditavam a lei conforme o direito de Portugal, colonizador do país.

A Ordenação Afonsina, que perdurou da época de 1500 a 1512, demonstrava a junção do Estado e Igreja e condenava à morte aqueles que não cultivavam a religião oficial. Entretanto, essa legislação não foi efetivamente seguida no Brasil, vez que existiu na época do “descobrimento” do Brasil por Portugal.

As Ordenações Manuelinas vigoraram no Brasil colonial e perduraram até aproximadamente 1603, seguindo as mesmas condições da anterior. Entretanto, existiam pessoas, como alguns donatários, que forçavam a validade de sua própria vontade de forma desordenada, pois não existia na época efetiva aplicação de sanções àqueles que descumprissem a lei, uma vez que a fiscalização era remota.

Posteriormente, foram editadas as Ordenações Filipinas, que ficaram vigentes até 1830, na qual se utilizava a sanção penal como forma e perseguição àqueles que contrariavam o interesse estatal. Nesta legislação eram previstas penas cruéis e que recaiam sobre o corpo do condenado. Segundo Shecaira e Corrêa Júnior (2002, p. 37) existiam na época quatro tipos de pena de morte:

A pena de morte imperava nas Ordenações Filipinas, variando apenas a forma de execução, que poderia ser uma das seguintes: “morte cruel” (morte lenta e suplício); “morte atroz” (acrescida de confisco de bens, queima do cadáver, esquartejamento e proscricção de sua memória); “morte simples” (degolação ou enforcamento para classes inferiores); “morte civil” (fim dos direitos civis e de cidadania). A pena de morte era cominada para os hereges, feiticeiros, moedeiros falsos, pederastas, estupradores, bigamos, adúlteros, alcoviteiros de mulher casada, autores de furto ou roubo, homicidas, os que se utilizavam de medidas ou pesos falsas, os que dizem mal do rei, além de outras condutas.

Ainda existiam outras penas desumanas como o açoite e as galés. Não se observava o critério culpa quando do cometimento do crime para a aplicação da pena. Media-se a utilidade do castigo.

Assim, após a vigência das Ordenações Filipinas foram instituídas no Brasil o primeiro código de leis penais.

3.1 A Pena no Código Criminal do Império do Brasil de 1830

O Brasil passou por mudanças culturais e legislativas para edificar o instituto da pena. O “Código Criminal do Império do Brasil”, de 16 de dezembro de 1830, no qual era imperador D. Pedro, tratava da punição penal, em um capítulo próprio, denominado “Da qualidade das penas, e da maneira como se hão de impor, e cumprir”.

Analisando tal código, percebe-se a existência de alguns princípios que continuam fazendo parte do ordenamento jurídico na lei penal atual.

No artigo 33 do Código do império, previa-se que para o delinqüente ser punido com uma pena, esta deveria estar estabelecida na lei:

Art. 33. Nenhum crime será punido com penas, que não estejam estabelecidas nas leis, nem com mais, ou menos daquellas, que estiverem decretadas para punir o crime no gráo maximo, médio, ou minimo, salvo o caso, em que aos Juizos se permittir arbitrio.

Havia a preocupação legislativa da pena não passar da pessoa do condenado, de estar prevista na lei e de ser proporcional ao grau aplicável ao crime praticado. Afirmava-se que nenhuma presunção, ainda que veemente, poderia motivar a aplicação da pena, demonstrando a princípio da presunção de inocência.

Quando o crime era tentando, diminuía-se 1/3 (um terço) da pena para o grau do delito, sendo o máximo, o médio ou o mínimo.

Havia a previsão da pena de morte, de galés, pena de banimento e de degredo, de açoite, pena de prisão com trabalho, de prisão simples, assim como a suspensão e perda do emprego e multa.

A pena de morte era efetivada na forca. Interessante ressaltar que, essa se executava no dia posterior a intimação da sentença irrecorrível, desde que este dia não fosse véspera de domingo, dia santo ou de festa nacional.

Os corpos dos enforcados eram entregues aos parentes ou aos amigos que o requeria ao Juiz, porém, os enforcados não podiam ser enterrados com “pompa”, sob pena de prisão, aqueles que os enterrassem, de um mês a um ano:

Art. 42. Os corpos dos enforcados serão entregues a seus parentes, ou amigos, se os pedirem aos Juizes, que presidirem á execução; mas não poderão enterral-os com pompa, sob pena de prisão por um mez á um anno.

A pena corporal, nessa época, começou a ser substituída por prisão, entretanto ainda existiam crueldades. Com o advento de novo Código Penal, em 1890, houve maior preocupação com o ser humano e as penas novamente se modificaram.

3.2 A Pena no Código Penal dos Estados Unidos do Brazil de 1890

Esse Código previa a pena privativa de liberdade tendo como modalidade a prisão celular, a prisão com trabalho obrigatório e a prisão disciplinar. Ainda previam a interdição, a perda e suspensão de emprego público, o banimento e a multa.

A lei penal da época proibiu a existência de penas infames, e também, restringiu ao período de trinta (30) anos a prisão a ser cumprida pelo condenado. Essa era executada em fortalezas, praças de guerra ou estabelecimentos militares.

O legislador, nesse Código, se preocupou com o trabalho daqueles que eram recolhidos ao cárcere de forma que nos estabelecimentos de cumprimento de pena, o condenado deveria ter um trabalho compatível com suas habilidades e ocupações anteriores à prisão.

Na época, foi instituída pena de interdição, na qual o condenado perdia direitos políticos, vantagens e vencimentos de cargo eletivo e perdia, também, condecorações honoríficas.

Havia, ainda, a pena de multa, no qual o valor era arrecadado ao Tesouro Público Federal. Importante ressaltar que as penas estavam ligadas ao princípio da legalidade. Dispunha o Código Penal que:

Art. 61. Nenhum crime será punido com penas superiores ou inferiores às que a lei impõe para a repressão do mesmo, nem por modo diverso do estabelecido nella, salvo o caso em que ao juiz se deixar arbitrio.

Outro princípio importante constante na lei penal da época é o princípio da presunção de inocência. O Código Penal previa no Art. 67, “Nenhuma presunção, por mais vehemente que seja, dará logar á imposição de pena”, seguindo o disposto no Código Criminal do Império, legislação penal vigente anteriormente.

Dessa forma, pode-se notar que a pena de hoje se baseia em princípios e construções legislativas que evoluíram com o ser humano e a sociedade da época e edificaram o direito penal atual.

3.3 A Pena no Código Penal de 1940

O Código Penal de 1940 continua vigente até a presente data no Brasil, entretanto, sofreu uma alteração importante em 1984.

O Código prevê que a sanção penal é dividida entre penas e medida de segurança.

A medida de segurança pode ser detentiva, no qual o acusado é absolvido, caso inimputável ou condenado, se for semi-imputável e o juiz aplica a internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico. A medida de segurança ainda pode ser restritiva, onde o réu fica sujeito a tratamento ambulatorial.

Quanto à pena, o Código atual é dividido em penas privativas de liberdade, restritivas de direitos e multa.

As penas privativas de liberdade podem ser de reclusão ou detenção, e ainda há a possibilidade de haver a prisão simples, conforme o delito praticado. As penas restritivas de direitos se subdividem em prestação pecuniária, perda de bens

e valores, prestação de serviços à comunidade, interdição temporária de direitos e a limitação de final de semana.

Os regimes para o cumprimento das penas privativas de liberdade são o regime fechado, semi-aberto e aberto. A pena de reclusão pode ser cumprida nestes três regimes. A pena de detenção, em regra, é cumprida apenas no regime semi-aberto e aberto.

O regime fechado é aquele em que o cumprimento da pena privativa de liberdade se dá em estabelecimento de segurança máxima ou média. No regime semi-aberto a execução da pena é em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar. O regime aberto é cumprido em casa do albergado ou estabelecimento adequado.

Importante ressaltar que o Código Penal brasileiro está em consonância com o disposto na Constituição Federal, trazendo em seu bojo princípios e exteriorizando normas contidas no texto constitucional.

3.4 A Pena na Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988

A Constituição Federal deve ser seguida por ser a Lei Maior que rege todo o ordenamento jurídico brasileiro. Já as normas que não estão de acordo com o que diz o texto constitucional são inconstitucionais e não devem ser seguidas.

Dessa forma, a pena do ordenamento jurídico infra-constitucional segue o preceito do que ensina a Magna Carta.

A Constituição Federal possui um rol exemplificativo de penas em seu artigo 5º, XLVI. Por ser o rol exemplificativo, é possível a aplicação de outras penas:

A lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

- a) Privação ou restrição da liberdade;
- b) Perda de bens;
- c) Multa;
- d) Prestação social alternativa;
- e) Suspensão ou interdição de direitos.

Nesse mesmo artigo, entretanto, no inciso XLIX, a Constituição Federal proíbe a pena de morte, salvo as penas, em caso de guerra externa declarada, as de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento e cruéis.

A Constituição Federal preza pela aplicação da pena com a observância da dignidade da pessoa humana.

Existem, ainda, na Constituição princípios que devem reger a aplicação da pena. Sendo esses, os princípios da legalidade, da anterioridade da lei penal, o princípio da humanização, proporcionalidade, entre outros.

4 PRINCÍPIOS NORTEADORES DA APLICAÇÃO DA PENA

Para a aplicação da pena no Brasil, devem ser seguidos alguns princípios.

Pode-se definir princípio, em uma linguagem não jurídica, segundo o dicionário de Aurélio Buarque de Holanda Ferreira (1995, p.529) como “Princípio. S.m. 1. Momento ou local ou trecho em que algo tem origem; começo. 2. Causa primária. 3. Elemento predominante na constituição de um corpo orgânico. 4. Preceito, regra, lei. 5. P.ext. Base; germe”.

Na ciência do direito, o princípio tem outro enfoque. O princípio vincula o entendimento e aplicação das normas jurídicas, que para Carrazza (2002, p.33),

Segundo nos parece, princípio jurídico é um enunciado lógico, implícito ou explícito, que, por sua grande generalidade, ocupa posição de preeminência nos vastos quadrantes do direito e, por isso mesmo, vincula, de modo inexorável, o entendimento e a aplicação das normas jurídicas que com ele se conectam.

Os princípios estruturam e formam a base do ordenamento jurídico penal, devendo eles ser observados não só ao serem feitas as leis ou frente ao direito de punir do Estado, mas também, no momento de aplicação da pena, pois dessa forma o Estado responderá, com seu ordenamento jurídico, ao delito de forma harmônica e coerente.

4.1 Princípio da Igualdade ou Isonomia

Ressaltamos que, os seres humanos devem ser tratados de forma igualitária, não podendo, haver discriminações de qualquer natureza.

Deve-se dispensar atenção ao princípio da igualdade, ao aplicar a pena, primeiro, porque todos estão sujeitos a uma mesma lei.

Conforme afirmado na Carta Magna, no “caput” do seu artigo 5º, todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza.

Outro ponto a se destacar é que, aos desiguais, deve-se dispensar um tratamento desigual. É o que ocorre na aplicação da pena de multa, na qual a situação financeira do réu é levada em consideração para a dosagem da pena.

Vislumbra-se o tratamento diferenciado na aplicação da pena àqueles que são inimputáveis ou semi-imputáveis que apresente periculosidade, aos quais, são impostas as medidas de segurança.

4.2 Princípio da Legalidade

No artigo 5º, inciso XXIX da Constituição Federal e no artigo 1º do Código Penal vigente está descrito o princípio da legalidade. Não existe crime sem lei anterior que o defina.

Esse princípio gera segurança jurídica uma vez que para um fato ser considerado crime, deverá estar tipificado na lei penal.

O fato deve estar contido em lei escrita e a lei deve emanar do Poder Legislativo, uma vez que medidas provisórias, por exemplo, não podem criar medidas restritivas penais.

O delito deve estar previsto em lei penal e, além disso, deve conter a pena cabível àquele que cometer o crime. Se houver dúvidas, a lei não pode ser interpretada prejudicando o réu.

Ademais, somente a lei pode criar a pena. O indivíduo não pode ser punido caso não exista, na lei da época do fato, uma pena aplicável a conduta que ele praticou.

4.3 Princípio da Anterioridade da Lei Penal

A lei penal só pode ter vigência para os fatos posteriores, salvo para beneficiar o réu.

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XL, dispõe que a lei penal nova não pode retroagir para prejudicar o réu, ou seja, a lei nova só é válida para os fatos novos. Entretanto, a lei nova mais favorável, inclusive no tocante a pena, retroagirá para favorecer o réu.

Dessa forma, para o réu cumprir pena por um delito, esta deve estar cominada na lei penal, antes do cometimento do crime.

Esse princípio está intimamente ligado com o princípio da legalidade, pois, para haver crime deve ter uma lei que o defina e esta lei, além de existir, deve ser anterior à prática delitiva. E da mesma forma ocorre com a pena, que para existir, ela deve ser cominada abstratamente em um tipo penal incriminador, em vigência anteriormente a prática do crime.

4.4 Princípio da Personalidade ou Pessoalidade

No ordenamento jurídico brasileiro, há a previsão de que nenhuma pena passará da pessoa do condenado. Demonstra-se, assim, que a lei penal brasileira tem estampado o princípio da pessoalidade da pena.

Dessa forma, entende-se que aquele que cometeu o crime, e apenas ele, poderá sofrer a sanção penal cabível.

De acordo com Luisi (2003, p. 51):

É princípio pacífico do direito penal das nações civilizadas que a pena pode atingir apenas o sentenciado. Praticamente em todas as nossas Constituições está disposto que nenhuma pena passará da pessoa do delinqüente.

A reprimenda estatal não pode atingir pessoas alheias ao cometimento do delito. A família do condenado não pode ser responsabilizada pelo delito daquele.

O artigo 5º, inciso XLV, da Constituição de 1988 estabelece que a pena não pode passar da pessoa do condenado. Assim, os sucessores do réu, não podem sofrer as sanções a ele imposta, uma vez que aquele que cometeu o delito, e só ele, poderá cumprir a pena a ele aplicada, uma vez que esta tem a face de reprimenda estatal frente ao delito praticado.

No entanto, se o réu falecer, a obrigação de reparar o dano causado pelo delito passa aos seus herdeiros no limite da herança. Ademais, quando ocorre o confisco, os sucessores do condenado nada podem fazer para impedir.

Essa disposição legal não viola o princípio em estudo uma vez que se extingue a responsabilidade penal com a morte, conforme artigo 107, inciso I do

Código Penal, restando apenas a responsabilidade civil, de reparação do dano causado pelo delito.

4.5 Princípio da Proporcionalidade

A resposta penal do Estado deve levar em consideração o bem jurídico lesado e a culpabilidade do réu ao cometer o delito. A proporcionalidade está vinculada à suficiência da pena escolhida pelo magistrado, dentre as cominadas, para reprovação e prevenção do delito.

A proporcionalidade não pode ser vista como a equiparação da pena ao delito praticado, mas também, não pode ultrapassar a culpabilidade do agente pelo fato ocorrido.

4.6 Princípio da Humanização

O princípio da humanização dispõe que as sanções estabelecidas e aplicadas pelo Estado, não podem ferir o princípio da dignidade da pessoa humana. No ordenamento jurídico, são vedadas, as penas cruéis e bárbaras, as penas degradantes e desproporcionais.

Para Luisi (2003, p. 46), o princípio da humanização consiste no reconhecimento do condenado como pessoa humana.

Qualquer pena que exceda, os limites previstos nas leis, afrontam ao princípio da humanização. Ademais, ainda é preciso salientar que as penas desumanas, entre elas as corporais, aplicadas como forma de castigo ao indivíduo, são vedadas.

Isso quer dizer que todos os seres humanos têm o direito de ser tratados como tal. A condição de ser humano deve preponderar sobre o delito praticado e isso gera conseqüências como o direito à ampla defesa, ao contraditório, ao devido processo legal.

Dessa forma, o ordenamento jurídico brasileiro proíbe a pena de morte, salvo o caso de guerra declarada, a prisão perpétua, as penas corporais e cruéis, infames e degradantes.

Esse princípio traduz o dever de respeito a toda e qualquer pessoa e preconiza que a pena não pode violar a integridade física e moral do condenado.

4.7 Princípio da Individualização da Pena

Para nortear a aplicação da sanção penal ainda existe a necessidade de correspondência da pena com a conduta praticada pelo agente, desta forma, é necessária a individualização da pena.

Há de se ressaltar que é preciso, ao aplicar a pena, analisar o caso concreto, para se ter qual a pena mais adequada para a prevenção de crimes e a punição do condenado.

O processo de individualização da pena deve ser sempre fundamentado, sob pena de nulidade da sentença.

Para individualizar a pena, pode o juiz, escolher qual a pena e a quantidade de pena mais adequada entre as cominadas. Entretanto, para ser válido esse poder discricionário, o magistrado tem que fundamentar.

Deve estar presentes na individualização da pena os fatores que levaram a pena àquele patamar e também os motivos analisados antes da fixação do *quantum* de pena.

Além de o acusado ter o direito de saber o que ensejou a aplicação da pena a ser cumprida, ainda é preciso a individualização fundamentada da pena para possibilitar ao condenado a ampla defesa, caso deseje recorrer.

Ainda é preciso ressaltar que há sistemas de penas fixas em alguns países, entretanto, não obedecem ao princípio da individualização da pena, onde, dentro de uma pena mínima e uma pena máxima, o magistrado decide qual a pena mais adequada.

5 TEORIAS A RESPEITO DA FINALIDADE DA PENA

A pena, como é uma medida de restrição da liberdade individual, tem uma finalidade para sua existência.

Conforme explica Beccaria (2000, p. 19):

Fatigados de só viver em meio a temores e de encontrar inimigos em toda parte, cansados de uma liberdade cuja incerteza de conservá-la a torna inútil, sacrificaram uma parte dela para usufruir do restante com mais segurança. A soma destas partes de liberdade, assim sacrificadas ao bem geral, constitui a soberania na nação; e aquele que foi encarregado pelas leis como depositário dessas liberdades e dos trabalhos da administração foi proclamado o soberano do povo.

O ser humano entregou parcelas de sua liberdade ao estado para poder ter mais segurança ao utilizar o restante de sua liberdade, fazendo surgir o direito de punir do Estado.

Para ser usado o direito de punir do estado, a pena tem que atingir sua finalidade.

Há teorias a respeito da finalidade da pena.

A teoria absoluta ou retributista preconiza que a pena deve ser aplicada a todo aquele que cometer um delito. O que importa a essa teoria é a retribuição, na pessoa do condenado, pelo mal causado por ele à sociedade. Como exemplos da pena sob esse enfoque há a Lei de Talião e a vingança privada.

Entretanto, a idéia retributista não contenta ao se analisar que ela está ligada a vingança. Não é apenas o sentimento de vingança pelo crime praticado que deve fundamentar a aplicação da pena. Deve-se ter em mente, ao aplicar a pena, que a prática de novos delitos deve ser evitada a partir da reprimenda penal.

Nasce, então, a teoria preventiva ou utilitarista que acredita que a pena tem por finalidade a prevenção de novos crimes. Essa prevenção gerada pela pena pode ser geral e especial.

A prevenção geral tem o intuito de desencorajar outras pessoas a cometerem delitos. Ela se volta à coletividade e tenta demonstrar que a prática de crimes não compensa. Por meio da prevenção geral procura-se, também, demonstrar que aquele que praticar um delito terá sua pena. Busca a certeza de que

a pena será aplicada para inibir a idéia de que o delinqüente cometerá um crime e conseguirá sair impune.

A prevenção especial está ligada à tentativa de diminuir a reincidência, e, voltada àquele que já praticou um delito e busca-se levá-lo a não mais cometer crimes.

Há a teoria mista ou eclética que ensina que a pena contém a finalidade dupla de retribuir ao condenado o mal por ele causado, assim como prevenir a prática de crimes e diminuir a reincidência.

Ainda há outra corrente que acredita que a pena tem uma tripla finalidade. Além de a pena retribuir o mal causado pelo condenado, deve ser usada para desencorajar a coletividade a praticar delitos, diminuir a reincidência e ainda, ressocializar o preso. Esta é a teoria aceita no Brasil.

6 SISTEMAS DE APLICAÇÃO DA PENA

Há dois sistemas de aplicação da reprimenda penal, o método bifásico e o método trifásico.

Primeiramente foi idealizado por Roberto Lyra o método bifásico de aplicação da sanção penal. Nesse método, a dosimetria da pena é feita em dois momentos.

O método trifásico, utilizado atualmente, foi criado por Nelson Hungria, e pressupõe a análise de circunstâncias judiciais em um primeiro momento, as atenuantes e agravantes posteriormente e, em um terceiro momento, as causas de aumento e diminuição de pena.

6. 1 Sistema Bifásico

O sistema bifásico foi criado por Roberto Lyra e, no momento do magistrado fixar a pena-base, este deveria valorar as circunstâncias judiciais e legais.

Por esse motivo, a fixação da pena-base, englobaria a culpabilidade, os motivos e circunstâncias do crime, o comportamento da vítima, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como as agravantes e as atenuantes do delito.

Posteriormente, seriam levadas em consideração as causas de aumento e de diminuição da pena.

Esse método foi objeto de críticas, pois o quanto acrescido ou diminuído da pena-base pelas agravantes e atenuantes ficava desconhecido e as circunstâncias legais poderiam ser sobrepostas pelas circunstâncias judiciais.

Dessa forma, o réu ficaria prejudicado em seu direito a ampla defesa e não seria possível o conhecimento do raciocínio utilizado pelo magistrado ao dosar a pena.

Visando proteger, não apenas o réu em seu direito de defesa, mas toda a sociedade e, buscando possibilitar maior clareza ao aplicar a pena, foi criado o método trifásico, que é hoje utilizado no Código Penal brasileiro.

6. 2 Sistema Trifásico

O método trifásico, idealizado por Nelson Hungria, é composto por três fases de análise e individualização da pena ao caso concreto. Esse é o sistema adotado pelo Código Penal brasileiro.

O Código prevê esse método de aplicação da pena visando resguardar ao réu a possibilidade de acompanhar o raciocínio do magistrado ao aplicar à pena. Também tem o escopo de tornar possível o direito a ampla defesa.

Na primeira fase, o magistrado fixa a pena-base, por meio de análise minuciosa das circunstâncias judiciais elencadas no artigo 59 do Código Penal:

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

- I – as penas aplicáveis dentre as cominadas;
- II – a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;
- III – o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;
- IV – a substituição da pena privativa de liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

Destaca-se que, a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade do agente, os motivos e circunstâncias propriamente ditas, bem como as conseqüências do crime e o comportamento da vítima são as circunstâncias judiciais, que só podem ser valoradas caso não componham outra fase.

Na técnica de aplicação da pena seguida pelo sistema trifásico, primeiramente é fixada a pena-base, posteriormente a pena provisória na qual se faz uma análise das circunstâncias agravantes e atenuantes e finalmente a pena definitiva é aplicada, após a análise das causas de aumento e diminuição da pena.

7 APLICAÇÃO DO SISTEMA TRIFÁSICO

O sistema trifásico é utilizado atualmente ao realizar a dosimetria da pena.

Conforme expressamente previsto em lei, no artigo 68, do Código Penal, a pena-base será fixada atendendo-se ao critério do artigo 59 deste Código. Em seguida, serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último as causas de diminuição e de aumento.

O juiz deverá realizar calculo aritmético sobre a pena base considerando as circunstâncias atenuantes e agravantes e as causas de aumento e de diminuição de pena. Esse sistema deve ser seguido e a fixação da pena deve ser fundamentada porque caso não seja, a ação penal pode ser anulada.

Ademais, o dever de fundamentar as decisões judiciais é encontrado na nossa Carta Magna, no seu artigo 93, inciso IX:

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

Nota-se que, é de suma importância a fundamentação, não só para o réu conhecer os motivos que o levarão ao cumprimento da pena, como também, para possibilitar o exercício do direito de defesa do acusado.

7.1 Pena-Base

A pena-base é utilizada pelo juiz como ponto de partida para aplicar pena uma vez que sobre ela incidem, em um primeiro momento, as agravantes e as atenuantes genéricas e posteriormente as causas de aumento e diminuição de pena.

A pena base, então, deve ser aquela a ser aplicada caso não existissem circunstâncias modificadoras. De acordo com Boschi (2000, p. 187):

Como o próprio nome sugere a pena-base é aquela que o juiz aplicaria, em definitivo se não existissem causas legais de modificação definidas como agravantes, atenuantes, majorantes e minorantes, de incidência obrigatória na segunda e na terceira fases do método trifásico (art. 68 do CP).

Esse processo de formação da pena base é por meio das circunstâncias judiciais e é aquela pena que seria aplicada caso não houve mais causas modificadoras.

As circunstâncias judiciais, elencadas por sua vez no artigo 59 do Código Penal, se dividem em circunstâncias subjetivas, na qual se encontram a culpabilidade, os antecedentes, a conduta e a personalidade do agente, bem como os motivos do crime, e, objetivas que englobam as circunstâncias do crime propriamente ditas, suas conseqüências e o comportamento da vítima diante do fato delituoso.

Nessa fase, não podem ser consideradas as elementar do tipo pelo qual o acusado está sendo condenado, nem qualificadoras, atenuantes ou agravantes genéricas, majorantes ou minorantes, porque, neste caso, são analisadas em fase própria para não ocorrer o *bis in idem*¹.

A pena base pode ser fixada acima do mínimo legal sempre que existam circunstâncias judiciais desfavoráveis ao acusado, no entanto, não pode ser fixada abaixo do mínimo ou acima do máximo legal, o que feriria a discricionariedade do legislador, que estabeleceu o mínimo e o máximo de pena, ao cominá-la a cada delito.

Conforme redação dada à Súmula 440 do Superior Tribunal de Justiça, “fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito”.

Ao fixar a pena base o juiz deve, assim como em todas as decisões judiciais, fundamentar os motivos de sua escolha.

A falta de fundamentação da pena base pode levar a nulidade da sentença, que apenas não ocorre quando for fixada a pena no mínimo legal, pela falta de demonstração de prejuízo ao réu.

¹ Bis in idem – Duas vezes a mesma coisa, repetição.

7.1.1 Circunstancia judicial: culpabilidade

A culpabilidade deve ser analisada como a reprovabilidade da conduta do agente. Engloba os graus de censurabilidade da conduta. Desta forma, deve o juiz, ver se a conduta do agente foi mais ou menos censurável, frente aos elementos de convicção carreados aos autos.

Nos crimes dolosos deve ser analisada frente à vontade do agente de praticar a conduta, enquanto que nos crimes culposos, se depara com as modalidades de culpa: imprudência, negligência e imperícia. Deve-se ponderar a maior ou a menor gravidade da vontade do agente ou da inobservância dos deveres de cuidado objetivos, nos quais temos como parâmetro o homem médio.

Ela esta intimamente ligada com a graduação da pena. Quando mais censurável a conduta do agente, maior a pena a ser aplicada. Quanto menor a reprovação social frente à conduta do réu, menor será a pena.

Essa análise da culpabilidade deve ter em vista as condições do agente. Conforme explica Souza (2006, p. 132):

A reprovabilidade deve ser investigada sob o aspecto das condições pessoais do autor do delito, da situação fática e concreta em que este ocorreu, levando em conta o comportamento exigido no caso real e outros elementos, como o grau de instrução, condição social, vida familiar e *anteacta*, cultura e o meio social onde vive ou viveu o agente.

Ainda é preciso ressaltar que a culpabilidade está ligada ao menosprezo, à indiferença ou a falta de cuidados do agente em relação ao bem jurídico tutelado.

7.1.2 Circunstância judicial: antecedentes

Quanto aos antecedentes, deve-se fazer uma análise dos fatos anteriores ao delito em questão; à vida pregressa do agente.

O réu pode ter bons ou maus antecedentes, conforme seu comportamento anterior a pratica delitiva.

Já houve o entendimento que toda e qualquer ação penal onde o réu figurava como agente, poderia ser considerada como maus antecedentes. Esse posicionamento, no entanto, foi modificado uma vez que violava o princípio da presunção de inocência.

A presunção de inocência vigora no direito penal brasileiro e deve ser aplicada também na dosagem da pena, pois o réu que possui ação penal contra si pode ser absolvido com o fim do processo, após a minuciosa análise do conjunto probatório. Dessa forma, não basta apenas que seja instaurado o processo no qual o agente figure no pólo passivo.

No presente, só podem ser considerados maus antecedentes, as condenações anteriores a pratica do crime e se estas não puderem figurar como reincidência.

Havendo mais de uma condenação anterior, é possível, na fixação da pena base aumentar a pena pelos maus antecedentes e posteriormente, na segunda fase do sistema trifásico aumentar a pena considerando a reincidência, uma vez que haviam ao menos duas condenações. Nesse caso incorre o “*bis in idem*”.

Ademais, deve a sentença condenatória ter transitado em julgado para poder ser considerada como mau antecedente.

Necessário se faz ressaltar que as condenações anteriores que podem configurar os maus antecedentes são aquelas que não têm o condão de caracterizar a reincidência, ou seja, quando se passou um lapso temporal de cinco anos.

A Súmula 241 do Superior Tribunal de Justiça afirma em seu texto que “a reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial”.

Apenas uma condenação pretérita pode ser usada como antecedentes criminais.

As outras condenações que não podem ser consideradas como antecedentes na primeira fase da dosimetria da pena ou como a agravante reincidência na segunda fase, deve ser analisada pelo magistrado na personalidade do agente, ao fixar a pena base, isto para não ocorrer a utilização de uma mesma circunstância mais de uma vez e, ainda, para que o quantidade de pena aplicada seja individualizada de acordo com as circunstancias judiciais apresentadas nos autos.

A respeito dos dados que, no sistema vigente, não podem ser utilizados para a caracterização de maus antecedentes, explica Souza (2006, p. 134) que:

Não podem ser levados em conta para aferição de maus antecedentes: 1) inquéritos policiais ou ações penais em andamento, arquivadas ou pendentes de recurso, ou sobre as quais incidiu a prescrição da pretensão punitiva e suas modalidades (retroativa, subsequente, art.110, §§ 1º e 2º, CP); 2) Causas de extinção de punibilidade ocorridas antes do trânsito em julgado da ação penal (ex. art. 107, V, CP); 3) decisões absolutórias; 4) Ações penais concernentes a *atos posteriores* à infração penal judicialmente apreciada, logicamente, porque os antecedentes referem-se à vida *anteacta* do agente.

Destaca-se que, não podem, ainda, ser considerados maus antecedentes as passagens criminais anteriores à maioridade do agente.

Revela também a adoção do princípio da presunção de inocência e, desta forma, o juiz, analisando a vida pregressa do réu, embasa o valor da pena para que esta cumpra suas finalidades retributiva e preventiva.

7.1.3 Circunstância judicial: conduta social

Define-se como o comportamento do agente no meio social. O comportamento do réu frente sua família, amigos, ambiente de trabalho, vizinhos.

A conduta social do réu pode ser boa ou má e nela deve-se ter em vista como o réu é atualmente na sociedade.

Normalmente a demonstração da conduta social do réu é inserida nos autos por meio de testemunhas que afirmam que não tem conhecimento de nada que o desabone.

Importante salientar que só podem ser usadas como elemento da conduta social do réu as informações a respeito de sua vida em sociedade que constarem nos autos.

Caso não existam informações a esse respeito, o magistrado não pode fazer conjecturas, frente ao princípio da ampla defesa, e, considerando que o juiz não pode julgar além do que está nos autos. É preciso, então, analisar as provas juntadas no processo.

7.1.4 Circunstância judicial: personalidade do agente

A personalidade do agente deve ser vista, levando em consideração o caráter do réu, se é voltado ou não a prática de crimes, considerando sua boa ou má índole.

As infrações penais praticadas pelo réu durante a menoridade, podem servir como base para o peso negativo da personalidade do réu na dosimetria da pena, uma vez que estas não podem ser consideradas como maus antecedentes e os delitos praticados, após o delito analisado na aplicação da pena.

Ainda se analisa neste momento se existem condenações anteriores a 05 (cinco) anos, ou seja, que não podem ser caracterizadoras da reincidência e assim como não podem ser maus antecedentes por ter mais de uma condenação anterior e, então, é considerada na análise da personalidade do agente, demonstrando que o réu tem personalidade voltada ao cometimento de crimes.

Deve-se constatar se o episódio pelo qual o agente está sendo apenado foi isolado ou não.

7.1.5 Circunstância judicial: motivos do crime

Definem-se como fatores que influenciaram para determinar a prática criminosa.

Só pode ser objeto de análise como circunstância judicial os motivos do crime que não forem qualificadoras, agravantes ou atenuantes genéricas, causas de aumento ou de diminuição de pena, para que o agente não seja penalizado mais de uma vez pela mesma coisa.

7.1.6 Circunstância judicial: circunstâncias do crime propriamente ditas

As circunstâncias do crime propriamente ditas são os meios utilizados, objeto, tempo, lugar, forma de execução.

Ressalta-se que só devem ser analisadas as circunstâncias que não forem elementares do tipo, qualificadoras, privilégios, ou que estejam nos artigos 61, 62, 65 e 66 do Código Penal.

As circunstâncias do crime propriamente ditas estão relacionadas com os instrumentos utilizados na prática do delito, com a atitude do agente ao praticar o crime e com a relação entre o réu e a vítima.

7.1.7 Circunstância judicial: conseqüências do crime

Essas não são as conseqüências naturais do crime. Tem a ver com o conjunto de efeitos danosos provocados pelo crime.

Está relacionada com a maior ou menor gravidade que o delito causou à coletividade e com os efeitos gerados pela conduta do réu.

7.1.8 Circunstância judicial: comportamento da vítima

A partir do estudo a respeito da vitimologia, tem-se que a vítima pode contribuir para que ocorra o delito.

Deve-se analisar a participação do ofendido nos males produzidos pelo delito contra ele.

Não se pode, porém, inverter de tal forma a análise do comportamento da vítima criando um juízo de valor sobre sua conduta que culmina em um julgamento da própria vítima, pois não foi ela quem cometeu o crime e sim que sofreu as conseqüências danosas dele.

7.2 Pena Provisória

Nessa fase da dosimetria da pena são analisadas as circunstâncias agravantes e atenuantes.

As agravantes se encontram em torno do fato criminoso aumentando sua pena, porém não configuram ou influenciam na constituição do delito.

Existem as agravantes, pois os delitos praticados em certas circunstâncias descritas no Código Penal têm, para o legislador, maior grau de reprovabilidade.

Essas agravantes só podem ser aplicadas no caso de crime doloso, pois, o agente precisa conhecer a circunstância e aceitá-la para que sobre ele incida maior pena.

Dentre essas circunstâncias, também, destaca-se o que está disposto no artigo 61 do estatuto repressivo vigente que dispõe que:

Art. 61. São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime:

I – a reincidência;

II – ter o agente cometido o crime:

a) por motivo fútil ou torpe;

b) para facilitar ou assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime;

c) à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação, ou outro recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido;

d) com emprego de veneno, fogo, explosivo, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou que podia resultar perigo comum;

e) contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge;

f) com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade;

g) com abuso de poder ou violação de dever inerente ao cargo, ofício, ministério, ou profissão;

h) contra criança, velho, enfermo ou mulher grávida;

i) quando o ofendido estava sob a imediata proteção da autoridade;

j) em ocasião de incêndio, naufrágio, inundação ou qualquer calamidade pública, ou de desgraça particular do ofendido;

l) em estado de embriaguez preordenada.

A reincidência é a agravante presente no inciso I do artigo 61, do Código Penal.

Essa agravante está ligada à maior reprovabilidade da conduta do agente que é delinqüente costumado.

Dessa forma, o Estado responde com maior pena àquele que insiste no propósito de vida criminoso e tende a cometer delitos.

Há reincidência quando o agente pratica crime existindo contra ele anterior sentença condenatória transitada em julgado.

O trânsito em julgado de condenação anterior é necessário para a caracterização da agravante reincidência, de acordo com o que afirma Estefam (2008, p. 242):

Trata-se de circunstância agravante genérica, de caráter preponderante (CP, arts 61, I e 67). Configura-se quando o agente pratica novo crime, depois de ter sido condenado definitivamente por crime anterior, no Brasil ou no estrangeiro (CP, art. 63). A condenação anterior proferida em outro país não precisa de homologação pelo STJ (art. 105, I, i da CF, com redação da EC n. 45, de 8-12-2004) para gerar reincidência (v. art. 9º do CP).

Para Gomes (2007, p. 738), reincidir significa incidir novamente, repetir o ato, ou seja, quando o agente comete um delito depois de ter contra si condenação precedente transitada em julgado por outra infração penal. Este é o conceito de reincidência no direito penal, uma vez que popularmente é chamado de reincidente, de forma equivocada, todo aquele que comete mais de um delito.

Ainda, de acordo com Gomes (2007, p. 739):

Conceito técnico de reincidência: não se pode confundir o conceito popular de reincidência (cometimento de duas infrações penais) com o conceito técnico ou jurídico-penal. A reincidência, no sentido jurídico-penal, possui dois requisitos: (a) condenação anterior definitiva; (b) cometimento de nova infração penal após o trânsito em julgado da condenação anterior.

Percebe-se que, a respeito da reincidência existe uma observação importante. Há o sistema da temporariedade, ou seja, com o passar do tempo a reincidência prescreve.

A reincidência persiste pelo período de 05 (cinco) anos. Após esse prazo, chamado de período depurador, o réu é chamado de tecnicamente primário.

Dessa forma deve-se analisar a folha de antecedentes criminais do réu, bem como as certidões de objeto e pé, para constatar se haviam processos anteriores ao delito que está sendo julgado. E mais, se nesses processos anteriores o réu foi condenado, visando checar o dia do trânsito em julgado da sentença ou acórdão para poder dizer se quando o réu cometeu o delito pelo qual responde ele era ou não reincidente.

Ademais, não se pode esquecer se a condenação anterior transitada em julgado for antiga e o trânsito em julgado para o réu for a mais de 05 (cinco) anos, não pode ser utilizada como agravante de reincidência. Nesse caso, apenas pode ser usada como maus antecedentes.

O Superior Tribunal de Justiça, ao editar a Súmula 444, que dispõe que “é vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a

pena base”, demonstra a importância da aplicação da pena, não só na doutrina brasileira como também na jurisprudência.

A constatação do motivo pelo qual o agente praticou o delito poderá agravá-lo. É o caso do motivo fútil ou motivo torpe.

O motivo fútil é aquele destituído de importância, insignificante. Demonstra futilidade o agente que por ninharia comete o delito.

Ressalta-se que, para o homem médio, o motivo pelo qual foi cometido o crime se demonstra desproporcional e desarrazoado, mostrando que o delinqüente possui maior possibilidade de cometer crimes, uma vez que por pouco, ou seja, por razões insignificantes, já o fez. Isso revela a insensibilidade moral do agente

O motivo torpe, por sua vez, é aquele capaz de gerar repugnância. É o motivo indigno e imoral, que demonstra motivação repulsiva inaceitável para a sociedade.

Há agravamento da pena qual o delito é cometido para facilitar ou assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime. Isto porque um delito é cometido para proporcionar benefícios aquele que cometeu, está cometendo ou vai cometer outro crime.

Essa agravante demonstra a reprovabilidade dada pelo ordenamento jurídico aquele que, sem escrúpulos, comete crimes para proporcionar vantagens a crime anterior, concomitante ou posterior ao qual o agente esta sendo julgado.

A agravante disposta na alínea “c” do artigo 61, inciso II do Código Penal demonstra a repudia do ordenamento jurídico aos meios insidiosos de cometer crimes. Por meio desta agravante genérica há aumento de pena àqueles que cometem o crime à traição, emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido.

No caso de recurso que impossibilite ou dificulte a defesa do ofendido, há que se fazer uma interpretação analógica do dispositivo legal, alcançando fatos não descritos no tipo legal, mas que são compatíveis com ele.

A traição existe quando o agente se beneficia da confiança da vítima para que possa executar o delito. Está envolta pela deslealdade, na qual o agente oculta sua intenção criminosa ou atinge a vítima quando esta não espera e está desprevenida. A dissimulação está ligada ao disfarce, encobrendo a vontade ilícita.

A agravante da emboscada se revela quando o agente aguarda a vítima para atacá-la. Refere-se ao delito cometido mediante tocaia.

A agravante relacionada no artigo 61, inciso II alínea “d” está ligada ao meio de praticar o crime. O emprego de veneno está ligado a substâncias que introduzida no organismo pode, mediante reação química, bioquímica ou mecânica, provocar danos ao ser humano. Para Mirabete (2011, p. 287):

Pode conceituar-se, para os efeitos penais, o veneno com toda substancia mineral, vegetal, ou animais que, introduzida no organismo, é capaz, de mediante ação química, bioquímica, ou mecânica, lesar a saúde ou destruir a vida. Podem ser eles sólidos, líquidos e gasosos e administrados por via bucal, nasal, retal, vaginal, hipodérmica, intravenosa etc. As substancias inócuas que, por condições especiais, podem causar dano à saúde (açúcar ministrado ao diabético, por exemplo) não podem ser consideradas venenos, mas não deixa de constituir sua utilização outro meio insidioso.

A grande periculosidade do agente que, mediante o emprego de fogo ou explosivo comete delito, também é punida por meio do aumento da pena. Esta coíbe a pratica de crimes que expõe em perigo não só a vítima, mas a coletividade.

O meio insidioso é aquele que demonstra que o agente utilizou-se de estratagema, de ardil.

O meio cruel caracteriza-se quando da prática do crime o agente causa desnecessário sofrimento ao ofendido, demonstrando insensibilidade do delinqüente. Também reflete crueldade o agente que age sem clemência e de forma desumana.

A agravante aplicada no caso de crime cometido contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge, necessita de comprovação documental, nos autos, de que o ofendido esta inserido em alguma das situações previstas de parentesco.

O artigo 61, inciso II, alínea “f” do Código Penal dispõe sobre o agravamento da pena no delito cometido com abuso de autoridade, que pressupõe situação de dependência da vítima em relação ao agente, como o exemplo de curador e curatelado, empregador e empregado. Aborda, ainda, o crime praticado pelo o agente quando se prevalece de relações domésticas, entre pessoas da mesma família, de coabitação, onde há a moradia duradoura entre réu e vítima e hospitalidade, na qual se caracteriza pela recepção passageira.

O abuso de poder ou violação de dever inerente a ofício ministério ou profissão também é uma agravante genérica, que se constitui punindo o desrespeito do agente em relação ao ordenamento jurídico que preceitua a conduta do agente em relação a sua ocupação lícita.

Agrava-se o crime quando é cometido contra criança velho enfermo ou mulher grávida, tendo em vista a proteção da vítima porque ela se encontra fragilizada. No caso da gestante, o agente deve ter conhecimento de seu estado para não ocorrer a responsabilidade penal objetiva.

Há maior pena quando o réu atua estando o ofendido sob proteção imediata da autoridade, isto porque a conduta do agente demonstra desrespeito ao Estado, que confiou o ofendido à proteção da autoridade.

No caso de o agente aproveitar-se de calamidade pública ou desgraça particular para cometer o crime, a pena também sofre um aumento. Isto porque a vítima encontra-se vulnerável e o agente, astutamente, delinqüe.

No que diz respeito a embriaguez preordenada, há aumento de pena pois o agente se embriaga para ter coragem de cometer o delito.

Existem outras circunstâncias que agravam o delito praticado pelo réu, como as situações elencadas no artigo 62 do Código Penal:

Art. 62. A pena será ainda agravada em relação ao agente que:
I – promove, ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes;
II – coage ou induz outrem à execução material do crime;
III – instiga ou determina a cometer o crime alguém sujeito à sua autoridade ou não-punível em virtude de condição ou qualidade pessoal;
IV – executa o crime, ou nele participa, mediante paga ou promessa de recompensa.

Há aumento de pena ao chefe da empreitada criminosa. Aquele que articula os coautores ou partícipes do delito, com a finalidade de obter maior êxito ao cometer o crime, tem sua pena agravada nesta fase.

Quando o agente coage alguém a praticar um crime, também há agravamento de sua pena. A coação pode ocorrer por violência física ou ameaça, podendo, até excluir a responsabilidade do coagido, no caso de coação irresistível ou diminuir a pena dele, se a coação for resistível.

Da mesma forma, aquele que induz (faz surgir na cabeça do outro a idéia de delinquir) ou instiga outrem (o agente reafirma o propósito criminoso já existente na mente de alguém) a cometer crime, tem sua pena agravada.

Ainda há agravante de pena ao agente que comete o crime ou participa mediante paga ou promessa de recompensa. Tal agravante demonstra a

reprovabilidade do ordenamento jurídico à conduta daquele que comete delitos em troca de benefícios financeiros.

Em contrapartida, existem, no estatuto repressivo, circunstâncias capazes de atenuar a pena do agente. De acordo com o disposto no Código Penal:

Art. 65. São circunstâncias que sempre atenuam a pena:

I – ser o agente menor de 21 (vinte e um), na data do fato, ou maior de 70 (setenta) anos, na data da sentença;

II – o desconhecimento da lei;

III – ter o agente:

a) cometido o crime por motivo de relevante valor social ou moral;

b) procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as conseqüências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano;

c) cometido o crime sob coação a que podia resistir, ou em cumprimento de ordem de autoridade superior, ou sob influencia de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima;

d) confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime;

e) cometido o crime sob a influência de multidão em tumulto, se não o provocou.

O agente que possui dezoito (18) anos é imputável na legislação brasileira. Ocorre que, o menor de vinte e um (21) anos, na data do fato, tem sua pena atenuada, assim como o maior de setenta (70) anos, na data da sentença. Está a atenuante da menoridade relacionada com a menor capacidade do agente, fundamentada na sua imaturidade. A atenuante para o agente que possui mais que setenta (70) anos tem natureza humanitária, de diminuir o cárcere àquele que se encontra no fim da vida.

O desconhecimento da lei não pode ser confundido com o erro de proibição, no qual o agente ignora a proibição e não tem o conhecimento que sua ação é contrária ao direito.

Há atenuante, quando o agente não conhece os dispositivos legais, não sabe o texto da lei, tendo conhecimento de que a conduta por ele perpetrada é errada, mas não conhece a lei.

A respeito desse assunto explica Nucci (2007, p. 247):

No mais, quando a informação era possível de ser atingida, com algum esforço do agente, nenhuma excludente ou causa de diminuição de pena será considerada, mas é razoável supor que há normas em desuso ou de rara utilização, motivo pelo qual se tornam mais distantes do dia-a-dia. Nesse caso, viabiliza-se invocar o desconhecimento da lei, como critério residual, para atenuação da pena. Cuida-se de uma graduação estabelecida pela lei penal: do erro de proibição escusável, passando-se pelo

inescusável até atingir o mero desconhecimento por vezes leviano da norma penal.

E ainda continua explicando que (2007, p. 247),

A terceira atenua a culpabilidade, pois evidencia a situação do autor que, podendo ter a consciência do ilícito, desprezou o cuidado necessário para informar-se, embora a hipótese concreta demonstrasse a incidência de norma de rara utilização

Quando o agente que comete o delito por motivo de relevante valor social ou moral, há atenuação da pena. Ao se tratar de relevante valor, se leva em consideração o que é importante para a coletividade.

No caso do artigo 61, inciso II, alínea “b”, percebe-se que o agente deve ter procurado, espontaneamente, a reparação do dano, com eficiência, logo após o crime, ou, até a data da sentença, ter o agente reparado o dano.

A respeito desse assunto, Mirabete (2011, p. 298) explica que:

Na primeira hipótese, é necessário que o agente atue logo após o crime, como, por exemplo, o autor de lesão corporal que leva a vítima para ser socorrida. Na segunda hipótese, pode o réu reparar o dano até o julgamento. Se a reparação do dano ocorrer antes do recebimento da denúncia ou da queixa e não se tratar de crime cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, o fato constitui causa geral de diminuição de pena.

Outra situação que atenua a pena é o agente ter praticado o delito sob coação física ou moral resistível. Isto porque se for irresistível, não existe crime, uma vez que exclui a culpabilidade.

A coação física ou moral resistível apenas atenua a pena, pois o agente poderia resistir e não cometer o delito. O ordenamento jurídico exigia conduta diversa do agente e ele não o fez, sendo dessa forma punido pelo crime, mas por ter sido coagido, há diminuição de pena.

Há atenuante de pena quando delito foi praticado em cumprimento de ordem de autoridade superior. Ocorre de forma residual, isto porque se o agente cumpre ordem em estrito cumprimento de seu dever, há excludente de ilicitude.

Se a ordem for de duvidosa ilegalidade, pode ser reconhecida em favor do agente a excludente de culpabilidade de obediência hierárquica. E, atenua-se a

pena daquele que cumpre ordem de manifesta ilegalidade por pressão da autoridade superior.

Dessa forma, para Nucci (2007, p. 252):

No cenário das relações de direito público, onde impera a hierarquia, ordens dadas devem ser, como regra, cumpridas sem questionamento. Mas, há determinações que, em cumprimento, provocam danos a terceiros. Assim, o agente subordinado pode alegar tê-lo feito em estrito cumprimento de seu dever, o que serve para elidir a ilicitude da conduta (art. 23, III, CP). Pode, ainda, alegar ter agido sob pressão do superior, ainda que a ordem tenha sido de duvidosa legalidade, beneficiando-se da excludente de culpabilidade da obediência hierárquica (art. 22, CP). No entanto, quando cumpre ordem, sendo esta de manifesta ilegalidade, embora sob pressão da autoridade superior, é cabível o reconhecimento da atenuante.

Pode com base no artigo 61, inciso II, alínea “c” do Código Penal, para Boschi (2000, p. 294):

Se, ao contrário, o executor tinha ciência de que a ordem era manifestamente ilegal, mas não podia resistir ao seu cumprimento, não será penalmente responsável por faltar o pressuposto da inexigibilidade de conduta diversa. Contudo, se o executor, conhecendo a ilegalidade da ordem, podia opor-se ao cumprimento, sua punibilidade será abrandada por força da alínea “c”, já que menor a exigibilidade de conduta diversa.

A atenuante da violenta emoção, para existir, após injusta provocação da vítima deve levar em consideração o comportamento do agente que, age com a mente obnubilada, de acordo com Boschi (2000, p. 295).

O agente que age sobre violenta emoção poderia optar por não cometer o delito, mas, mesmo assim, não o faz e comete o crime.

Importante ressaltar que, para a caracterização desta atenuante é preciso verificar a presença de dois elementos. Conforme Nucci (2007, p. 253), o elemento objetivo é o comportamento injusto da vítima e o elemento subjetivo é a própria violenta emoção. Ainda, é preciso que a resposta dada pelo agente seja logo após a injusta provocação.

Confissão espontânea é aquela em que o agente, voluntariamente admite a acusação feita contra si, sem apresentar nenhuma justificante para sua conduta.

Boschi (2000, p. 296) afirma que:

O abrandamento da censura pela confissão, agora não mais de crime imputado a terceiro, encontra, portanto, o seu fundamento na necessidade de valorar positivamente a conduta do agente que toma a iniciativa de procurar, por conta própria, as autoridades para narrar o acontecimento em que se viu envolvido, poupando-as de complexas e às vezes difíceis investigações para chegar à autoria e a celeridade dos respectivos procedimentos.

Há o benefício da atenuação da pena, ao agente que, por sua própria vontade confessa o delito, uma vez que ele demonstra desta forma, arrependimento quanto ao cometimento do crime.

A jurisprudência dominante, por meio da Súmula 413 do Superior Tribunal da Justiça, entende que é prescindível a espontaneidade bastando que haja apenas a voluntariedade da confissão.

Atenua a pena a circunstância de ter o agente cometido o delito influenciado por multidão em tumulto. A exceção é no caso de o próprio agente ter provocado o tumulto.

Para Boschi (2000, p. 299), a influência da multidão é tão grande sobre as pessoas que elas são capazes de tomar atitudes que, em outra situação agiriam de forma diferente:

Não há quem não conheça a força que as massas humanas podem exercer sobre o comportamento dos indivíduos. Em estádios de futebol superlotados, por exemplo, milhares de pessoas, sem nenhum vínculo entre si, são capazes de dizer ou fazer coisas que certamente não diriam nem fariam em circunstâncias normais.

A respeito desse mesmo tema, afirma Nucci (2007, p. 257):

Sob o domínio da multidão em tumulto opera-se, por assim dizer, um fenômeno de desagregação da personalidade. Os bons sentimentos humanos cedem lugar à maré invasora dos maus instintos, das tendências perversas e anti-sociais.

Nota-se que os crimes praticados quando existem multidões relevam uma fúria coletiva e levam o agente a delinquir sem de forma impetuosa, sem refletir adequadamente sobre suas condutas, abrandando-se a pena em ralação àquele que cometeu o mesmo delito em situação isolada.

Há no código a possibilidade de atenuar a pena quando presentes outras situações não expressas no tipo legal. É a chamada atenuante inominada.

Segundo o artigo 66 do Código Penal, “a pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei”. Tal afirmativa demonstra que o rol das atenuantes não é taxativo como o rol das agravantes.

Para Mirabete (2011, p. 299), as atenuantes inominadas devem ser analisadas no caso em julgamento de forma a flexibilizar a individualização da pena:

Podem ser apontados alguns exemplos de circunstâncias inominadas: a extrema penúria do autor de um crime contra o patrimônio, o arrependimento do agente, a confissão voluntária de crime imputado a outrem ou de autoria ignorada, a facilitação do trabalho da Justiça com a indicação do local onde se encontra o objeto do crime, a recuperação do agente após o cometimento do crime etc.

Acima foram apontadas as principais atenuantes do direito penal brasileiro, sendo demonstrado que podem haver, inclusive, atenuantes inominadas.

Nessa segunda fase da dosimetria da pena, o magistrado após constatar quais as atenuantes e agravantes presente no caso concreto, deve analisar o *quantum* da pena deve ser modificado.

A respeito do *quantum* a ser aumentado ou diminuído da pena, entende Nucci (2007, p. 261) que é preciso estabelecer padrões para não ocorrer injustiças afirmando que “por tais motivos, é fundamental o estabelecimento de um padrão, que pode ser, por exemplo, o de um sexto para toda e qualquer agravante/atenuante reconhecida, quando previstos pelo legislador, no tipo derivado”.

Quando se verificar concurso entre as agravantes e as atenuantes, preponderam as de força subjetiva conforme explica o artigo 67 do estatuto repressivo brasileiro:

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

A menoridade é como regra, fator preponderante por excelência. Isto ocorre porque o agente, que possui idade entre dezoito (18) e vinte e um (21) anos, está amadurecendo e se desenvolvendo.

Ademais, nessa fase, com base na súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça, a incidência de circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal.

O entendimento majoritário da doutrina e dos Tribunais brasileiros é no sentido de que mesmo que existam atenuantes, se a pena for fixada no mínimo legal, não é possível sua diminuição.

Assim como se a pena for fixada no máximo previsto em lei, por causa das circunstâncias judiciais desfavoráveis ao réu, não é possível aumentá-la mesmo que existam agravantes.

Dessa forma, finaliza-se o estudo da segunda fase da dosimetria da pena, passando-se à análise da aplicação da pena definitiva.

7.3 Pena Definitiva

Finalmente, após a fixação da pena base e a aplicação das agravantes e atenuantes, análise das causas de aumento e diminuição da pena, torna-se definitiva a pena aplicada, conforme ensina Nelson Hungria, o idealizador do método hoje utilizado pelo Código Penal Brasileiro.

Nesta fase há a possibilidade de fixação da pena abaixo do mínimo ou acima do máximo previsto abstratamente em lei.

O legislador afirmou no parágrafo único do artigo 68 do Código Penal que com concurso de causas de aumento ou de diminuição previstas na parte especial, pode o juiz limitar-se a um só aumento ou a uma só diminuição, prevalecendo, todavia, a causa que mais aumente ou diminua.

As majorantes ou minorantes são previstas tanto na parte geral, quanto na parte especial do Código Penal. As que estão na parte especial incidem de acordo com o delito praticado e devem ser analisadas no caso concreto.

As causas de aumento e diminuição de pena da parte geral são de incidência obrigatória.

Há nesta fase o princípio da incidência cumulada que para Estefam (2008, p. 238), “na hipótese de haver mais de uma causa de diminuição ou de aumento, a segunda deverá sempre incidir sobre o resultado da operação anterior (princípio da incidência cumulada)”.

Então, caso não existam mais causas modificadoras, deve o juiz torná-la definitiva e, então, esta será a pena que o juiz deverá cumprir.

7.4 Substituição da Pena

A aplicação da pena restritiva de direitos em substituição à pena privativa de liberdade será condicionada a determinados pressupostos, com base no que leciona Bittencourt (2010, p. 556-560).

Necessário se faz, para a possibilidade de substituição da pena, que estejam presentes condições objetivas e subjetivas.

Primeiramente, exige-se como requisito para a substituição da pena que a pena privativa de liberdade aplicada seja igual ou inferior a quatro(04) anos, no caso de crime doloso e que o crime não tenha sido cometido com violência ou grave ameaça à pessoa.

Isso, no entanto, não impede a substituição quando a violência ou grave ameaça constitua elementar do delito e para este crime admite-se transação penal, que, conforme Gomes (2007, p. 750) “e se o crime, embora violento, admite transação penal: sim é possível a substituição. Exemplo: lesão corporal leve. Se admite o mais (transação), também admite o menos (substituição)”.

Quando se trata de crime culposos há menor rigor para a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade, podendo esta ocorrer independente da quantidade de pena aplicada, que, para Bittencourt (2008, p. 557):

Por isso, é fundamental a análise da natureza do crime - se doloso ou culposos -, na medida em que, para o crime culposos, não há limite da pena aplicada. Ressalva-se apenas que, com a Lei n. 9.714/98, pena superior a um ano de prisão, a substituição deverá ser por uma pena restritiva de direitos, a cabível na espécie, e multa, ou, então, por duas penas restritivas de direitos, desde que possam ser executadas simultaneamente.

Ainda explica Bittencourt (2008, p. 558-559) que, a ampliação do cabimento das penas alternativas, para pena não superior a quatro(04) anos, recomendou que também se ampliasse o elenco dos requisitos necessários.

Nesse caso, observa-se o desvalor da ação, não só o resultado, pois nos crimes violentos há menor merecimento da substituição da pena do agente, uma

vez que a pena substituída poderá causar ao réu sensação de que o que existe é uma justiça em seu benefício.

É preciso notar se a substituição é apta a causar ao réu a retribuição e gerar a prevenção geral e especial, finalidades da pena, como também, deve-se, ater neste ponto, a substituição à finalidade de ressocialização do condenado.

Por isso, o legislador penal afastou a possibilidade de substituição da pena de forma prudente para os crimes praticados com violência ou grave ameaça a pessoas, observando o desvalor da ação.

A violência contra a coisa não está englobada na proibição de substituição da pena privativa de liberdade.

Quando, no preceito secundário da norma incriminadora em que o réu esta incurso já existe pena de multa cominada abstratamente, não se pode substituir a pena privativa de liberdade por multa.

A jurisprudência majoritária é no sentido de que o benefício da substituição da pena privativa de liberdade pela pena de multa não é cabível quando há cominação cumulativa de pena privativa de liberdade com a pena de multa, isto porque no preceito secundário da norma já comina a pena de multa.

Conforme esse entendimento há a Súmula 171 do Superior Tribunal de Justiça que diz que “cominadas cumulativamente, em lei especial, penas privativas de liberdade e pecuniária, é defeso a substituição da prisão por multa”.

Acresce aos requisitos objetivos, os de natureza subjetiva que estão elencados no artigo 44, incisos II e III, do Código Penal.

As penas restritivas de direito possuem como requisito subjetivo a inexistência de reincidência do agente.

A Lei n. 7.209/84 não fazia distinções entre reincidentes em crime doloso ou culposo. Agora, com a redação dada pela Lei 9.714/98, somente a reincidência em crime doloso pode, em regra, impedir a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos. Admite-se a substituição da pena, não sendo o réu reincidente em crime doloso.

Ainda, apesar de o réu ser reincidente, caso seja verificada que a substituição é socialmente recomendável e analisando-se a folha de antecedentes do acusado e as certidões de objeto e pé, não se constate a prática de mesmo delito, ou seja, reincidência específica é possível, substituir a pena, com base no artigo 44, § 3º do Código Penal.

Dessa forma, restou claro que, deve-se avaliar a suficiência da substituição observando as circunstâncias previstas no artigo 59 do Código Penal, pois será por meio dela que o Poder Judiciário poderá equilibrar e evitar eventuais excessos, ponderando a utilidade e eficácia da substituição.

8 ANÁLISE REAL DA DOSIMETRIA DA PENA

Pretendeu-se fazer uma análise da dosimetria da pena em sentenças pesquisadas na internet.

Sob sugestão do professor orientador, retirou-se das sentenças o nome dos réus e dos juízes prolatadores, por questão de ética, uma vez que não existe autorização para exposição dos mesmos.

Importante deixar claro que não existe a pretensão de desrespeitar ou de qualquer forma ofender o poder Judiciário ou mesmo os prolatadores destas sentenças.

Tal análise não quer demonstrar nenhuma prepotência uma vez que foi feito por ainda estudante.

O que ocorreu foi apenas a tentativa de demonstrar na prática o que se verificou em um exaustivo estudo acadêmico, baseado em doutrinas e jurisprudências.

Buscou-se aprimorar os conhecimentos da dosimetria da pena e o entendimento a respeito de sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro.

Dessa forma, analisou-se a dosimetria da pena transcrita abaixo, que está inserida em sentença que se encontra no anexo A deste trabalho:

Na aplicação da pena, sopesados os elementos norteadores do artigo 59, do Código Penal, a base deve ser aumentada em um sexto, tendo em vista a reincidência, conforme certidão de fls. do apenso próprio, tornando-se, assim, definitiva, na ausência de outras condições modificadoras. Em razão das condições econômicas do réu, a unidade do dia-multa deve ser fixada no mínimo legal. 3. Posto isso, julgo PROCEDENTE a ação penal e CONDENO o réu Y, qualificado nos autos, como incurso no artigo 155, parágrafo 4º, I e IV, do Código Penal, à pena de dois anos e quatro meses de reclusão e onze dias multa, com unidade fixada no mínimo legal. Em razão da reincidência, não faz o réu jus aos benefícios previstos nos artigos 44 e 77, do Código Penal. O regime inicial para cumprimento da pena privativa de liberdade deverá ser o semi-aberto, nos termos do artigo 33, do Código Penal, tendo em vista a quantidade de pena fixada, que, no caso, deve prevalecer. Em razão da primariedade, bem como por não estarem presentes os requisitos da prisão preventiva, ressalvando-se que o crime não pode ser, de fato, considerado, isoladamente, grave, nos termos do artigo 594, do Código de Processo Penal, faz o réu jus ao benefício de recorrer em liberdade. Transitada esta em julgado, lance-se o nome do réu no Livro do Rol dos Culpados e arquivem-se os autos, com as providências e anotações de praxe.

O artigo 59 do Código Penal dispõe a respeito das etapas necessárias a serem seguidas para a aplicação da pena:

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 o comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

I – as penas aplicáveis dentre as cominadas;

II – a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;

III – o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;

IV – a substituição da pena privativa de liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

Conforme esse artigo notou-se que, o legislador estabelece que seja feita uma análise pormenorizada das circunstâncias judiciais e, na sentença analisada, ocorreu uma análise genérica.

Ademais, houve o aumento da pena com base na agravante reincidência ainda na primeira fase, quando o adotado pelo legislador brasileiro foi o sistema trifásico.

De acordo com o estudo realizado, a agravante da pena reincidência incide apenas na segunda fase da dosimetria da pena e, após, caso não exista mais causas modificadoras, torna-se a pena definitiva.

O regime de cumprimento de pena inicial aplicado nesta sentença é o semi-aberto, mas, por ser o réu reincidente poderia ser aplicado o regime inicial fechado conforme artigo 33, §2º e suas alíneas, do Código Penal.

Art. 33, § 2º - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso:

a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado;

b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto;

c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.

Entretanto, analisando-se as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, caso favoráveis ao réu, o juiz pode aplicar o regime inicial de

cumprimento de pena de forma mais branda, fixando o semi-aberto ou o aberto, de acordo com o artigo 33, §3º do Código Penal que diz que “a determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código”.

A sentença abaixo se encontra no anexo B deste trabalho:

Passo a dosimetria da pena. O réu é primário. No mais, as circunstâncias do art. 59 do Código Penal lhes são desfavoráveis. Vejamos. O acusado, associou-se a um comparsa, armou-se, montou tocaia, atacou a vítima, a agrediu com pontapés e coronhadas, e de forma fria, efetuou os disparos que a levaram à morte a segunda vítima. Pior, da análise do interrogatório, quer fazer crer que a própria vítima foi a culpada por sua morte, eis que reagiu. Não fosse a morte da vítima, fato já levado em consideração quando o legislador votou o preceito secundário, está no artigo 59 do Código Penal que deve a pena base ser fixada, também, levando em consideração os efeitos do crime. Neste caso foram devastadores. A vítima era rapaz na mais tenra idade, com toda a vida pela frente. Deixou pai e família devastados. Por isso tudo, fixo a pena base acima do mínimo em 30 (trinta) anos de reclusão, além da pecuniária de 15 (quinze) dias multa, sendo esta calculada na proporção mínima cominada em lei. Não confessou, eis que negou tivesse feito o disparo, bem com negou tivesse agredido friamente a vítima. Mas milita em favor do agente o fato de ser menor de 21 anos na data do crime, então, reduzo a pena de 1/6, fixando-a de forma definitiva em 25 (vinte e cinco) anos de reclusão e 13 (treze) dias-multa. Tendo em vista que o latrocínio é crime hediondo, bem como o que dispõe o art. 2º da Lei 8/072/90, estabeleço o regime inicial fechado para o cumprimento da pena, bem como nego-lhe o direito de apelo em liberdade. Diante ao exposto, julgo procedente a ação penal para: CONDENAR o acusado X como incurso no art. 157, § 3º, do Código Penal, às penas de 25 (vinte e cinco) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e no pagamento de 13 (treze) dias-multa, cada qual na proporção mínima cominada na lei. Nego ao sentenciado o direito de apelar em liberdade. Recomende-se aonde se encontre. Transitada em julgado, lance-lhe o nome no rol dos culpados. P.R.I.

Na presente sentença, percebeu-se a fundamentação clara e precisa a respeito das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal.

Observou-se por meio desta fundamentação que a culpabilidade do réu estava acima da moral média, bem como que as circunstâncias propriamente ditas e as conseqüências do crime demonstram que a pena base do agente do delito deveria ser aumentada uma vez que sua conduta se demonstra mais reprovável.

Percebeu-se que a pena base aplicada, de acordo com os estudos realizados, tendo em vista a primariedade do réu, poderia ter sido fixada aquém do máximo legal, entretanto, tendo o juiz a possibilidade de formar seu livre convencimento motivado, houve a fundamentação necessária para a fixação da pena base no máximo legal.

A dosimetria da pena transcrita abaixo se encontra no anexo C deste trabalho:

Formada a culpa, passo à fixação da pena. O réu é reincidente (fls. 22), circunstância que será analisada na segunda fase da fixação da pena. Neste primeiro momento, considerando que ele possui outras duas condenações transitadas em julgado (fls. 21 e 23), sendo portador de maus antecedentes, merece pena-base 1/5 acima do mínimo, ou seja, 02 anos, 04 meses e 24 dias de reclusão e 12 dias-multa. Mesmo tendo confessado espontaneamente o crime, sua reprimenda não poderá ser reduzida pela atenuante da confissão, posto que X é reincidente e a reincidência é circunstância preponderante, pois indica o perfil do acusado. A pena-base, assim, deve ser aumentada em mais 1/6 e agora fixada em 02 anos, 09 meses e 18 dias de reclusão e 14 dias-multa. Por fim, pela tentativa, reduzo a pena do réu em apenas 1/3, já que ele havia praticamente percorrido a maior parte do iter criminis quando foi preso pelos policiais, tendo sido detido já na via pública e na posse dos bens subtraídos, fixando-a definitivamente em 01 ano, 10 meses e 12 dias de reclusão e 09 dias-multa. Ante o exposto, JULGO PROCEDENTE a ação penal para condenar X ao cumprimento da pena de 01 ano, 10 meses e 12 dias de reclusão e ao pagamento de 09 dias-multa, no valor de 1/30 do salário mínimo, por infração ao artigo 155, parágrafo 4º, inciso I, c.c. artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal. O réu não faz jus a penas restritivas de direito e tampouco ao sursis, já que é portador de maus antecedentes e reincidente em crimes dolosos, possuindo uma vida totalmente voltada à prática de ilícitos. Pelos motivos acima expostos, deverá iniciar o cumprimento da reprimenda no regime fechado e não poderá recorrer em liberdade. Importante consignar que X praticou este delito quando estava no gozo de liberdade condicional, pondo em risco a ordem pública a aplicação da lei penal, sendo necessário a imposição de severo regime visando à sua ressocialização. Após o trânsito em julgado, lance-se o nome do réu no rol dos culpados. Custas na forma da lei. P.R.I.C.

Conforme estudo da dosimetria da pena, a presente sentença encontra-se de acordo com a legislação vigente. No entanto, observando o disposto no artigo 59 do Código Penal, ao fixar a pena o legislador penal estabelece que se analisem as circunstâncias judiciais de forma detalhada.

Uma vez que a pena base não seja fixada no mínimo legal, necessário se faz, além da análise detalhada das circunstâncias judiciais, uma fundamentação a respeito do aumento da pena.

Na segunda fase da dosimetria da pena havia a atenuante da confissão e a agravante da reincidência e a pena foi aumentada, pois a reincidência é preponderante, de acordo com o disposto no artigo 67 do Código Penal que diz que quando existirem agravantes e atenuantes, a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes, que, como se verifica no caso concreto, é a reincidência.

Por fim, uma vez que o crime foi tentado, a pena foi diminuída no mínimo previsto para a tentativa, considerando a grande parte do *iter criminis* percorrido.

A sentença abaixo se encontra no anexo D:

Passo à dosimetria da pena. Atento as diretrizes do artigo 59, do Código Penal, observo que o réu é reincidente específico, tem péssimos antecedentes e personalidade desvirtuada, pois apresenta várias condenações definitivas além daquela caracterizadora da reincidência (certidões no apenso), bem como é longa sua FA. Assim, fixo a pena-base pelo crime de furto simples acima do mínimo legal, em um ano e quatro meses de reclusão, e 13 dias-multa. Há a agravante da reincidência, bem como a atenuante da confissão, pelo qual a pena, preponderando aquela, deve ser aumentada para 1 (um) ano, 9 (nove) meses e 10 (dez) dias de reclusão, e 17 dias-multa, que se torna definitiva na ausência de outras causas modificadoras. Diante da reincidência e das circunstâncias judiciais, além dos critérios do art. 33 do CP, fixo o regime semi-aberto para início de cumprimento da pena. O acusado não faz jus ao benefício previsto nos artigos 43 e nos seguintes do Código Penal, desta forma, pois é reincidente específico e não é socialmente recomendável que o réu, egresso do sistema, voltando a delinquir seja apenado com pena restritiva de direitos. Por serem parcas as informações acerca da situação financeira dos réus, fixo o valor do dia-multa no seu mínimo legal, a ser atualizado pelo salário mínimo da data dos fatos até o momento do seu efetivo pagamento. Pelo exposto, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE a presente pretensão punitiva, e o faço para CONDENAR o réu A a pena de 1 (um) ano, 9 (nove) meses e 10 (dez) dias de reclusão e ao pagamento de 17 dias-multa, por infração ao artigo 155, caput, do Código Penal, com regime inicial de cumprimento de pena SEMI-ABERTO. Deixo de decretar a prisão preventiva do réu, pois desproporcional ao montante e regime da pena aplicada. Oportunamente, lance-se o nome do réu ao rol dos culpados. Deixo de fixar o valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, nos termos do artigo 387, inciso IV, do Código de Processo Penal, com redação dada pela lei 11.719, de 20 de junho de 2.008, pois os valores foram recuperados, não havendo prova de outro prejuízo. P.R.I.C.

A partir da análise da dosimetria da pena, constatou-se que o réu desta ação apresenta personalidade voltada para a prática de delitos, uma vez que possui condenação anterior caracterizadora não só de reincidência, mas também, de maus antecedentes.

Dessa forma, com base no artigo 59 do Código Penal, a pena base pode ser fixada acima do mínimo legal, tendo em vista existir a demonstração dos maus antecedentes.

Na segunda fase da dosimetria da pena, percebeu-se que incide a atenuante da confissão e a agravante da reincidência.

A confissão é capaz de levar a atenuação da pena. Entretanto, quando existe concurso entre as agravantes e atenuantes, deve-se seguir o disposto no

artigo 67 do Código Penal que diz que “a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes, entendendo-se como tais as que resultam dos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da reincidência”.

Por isso, no trecho transcrito acima, houve a incidência da agravante reincidência e não houve atenuação da pena pela confissão.

Importante constatar que sendo o réu reincidente específico o regime inicial de cumprimento de pena poderia ser o fechado conforme artigo 33, §2º e suas alíneas, do Código Penal, fazendo ressalva ao que dispõe o mesmo artigo em seu parágrafo terceiro, no qual, ao ser fixado a pena, concede-se ao magistrado, tendo em vista o princípio da individualização da pena, fixar regime de cumprimento inicial de pena mais brando, uma vez que este se mostre suficiente à repressão e prevenção de delitos.

9 CONCLUSÃO

As considerações aqui pontuadas não encerram os estudos sobre o presente tema.

Pode-se perceber, com o desenvolvimento deste trabalho que as mudanças do instituto da pena estão intimamente relacionadas com a evolução da sociedade.

Primeiramente, as penas eram corporais e cruéis, ligadas ao sobrenatural. Com a evolução do homem, percebeu-se que a reprimenda penal deveria ser utilizada para, não apenas retribuir ao condenado o mal por ele causado à sociedade, mas também prevenir os crimes e ressocializar os transgressores.

O desencadeamento da pesquisa proporcionou a percepção de que a pena não existe, por si só, no ordenamento jurídico. Há princípios constitucionais penais que solidificam e embasam sua existência e aplicação, tendo em vista a legalidade, igualdade, pessoalidade, proporcionalidade e individualização, entre outros.

A pesquisa realizada demonstrou que a pena é um tema complexo e importante, que deve ser compreendido, pois acompanha o ser humano desde os primórdios da convivência em sociedade até os dias atuais.

Para que a pena cumpra suas finalidades de retribuição, prevenção e ressocialização, a dosimetria da pena deve ser observada com cuidado na aplicação da reprimenda penal, uma vez que todo o procedimento penal culmina na sentença e, se a aplicação da pena estiver equivocada gera nulidade.

Desta forma, é importante aplicar a pena de forma precisa e de acordo com o ordenamento jurídico, pois, para haver justiça é preciso que o processo, além de condenar ou absolver o réu, conforme as provas dos autos apresentem celeridade em conformidade com os princípios constitucionais.

As convicções prévias e os estudos realizados validaram as hipóteses formuladas demonstrando, desta forma, a contribuição do estudo, não só para a formação acadêmica, mas também para vida em sociedade, merecendo estas questões outros estudos, investigações críticas mais aprofundadas em futuros trabalhos.

Em síntese, acredita-se na importância dessa pesquisa, e, sobretudo, no acréscimo de pontos interessantes como conhecimentos para outras investigações que tenham o objetivo de aprofundarem um estudo a respeito da importância da pena, sua evolução histórica, princípios e sistemas de aplicação.

BIBLIOGRAFIA

BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. **Direito penal, parte geral: volume 1 – 3.** ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2003

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas.** Curitiba: Hemus, 2000.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral 1 – 15.** ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2010.

BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

BRASIL. Lei nº 11.343, 23 de agosto de 2006. In: ANGHER, Anne Joyce (Org.). **Vade Mecum universitário de Direito Rideel – 8.ed.** – São Paulo: Rideel, 2010.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário.** 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Comentários ao Código Penal – 7. ed atual.** São Paulo: Saraiva, 2002.

ESTEFAM, André. **Direito Penal, 1: parte geral – 4. ed.** Ver e atual. – São Paulo: Saraiva, 2008.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário Aurélio Escolar da Língua Portuguesa.** Rio de Janeiro: Nova Fronteira S.A. 1988.

GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio Gárcias-Pablos de. **Direito Penal: parte geral: volume 2 / coordenação Luiz Flávio Gomes.** 2. tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MASSON, Cleber Rogério. **Direito penal esquematizado – Parte geral.** Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2008.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro, parte geral: arts 1.º a 120 – 8. Ed.** rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. **Teoria da Pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal** – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

SOUZA, Paulo S. Xavier de. **Individualização da pena: no estado democrático de direito** – Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2006.

SILVA, José Geraldo da. **Teoria do Crime** – 2. Ed. – Campinas: Millennium, 2002.

ANEXOS

ANEXO A – Dosimetria da Pena no Delito do Artigo 155, Parágrafos I e IV do Código Penal

Vistos. 1. Y e X, qualificados nos autos, foram denunciados como incurso no artigo 155, parágrafo 4º, I e IV, do Código Penal, porque na data e local descritos na denúncia, agindo em concurso e idênticos propósitos, mediante rompimento de obstáculo, subtraíram, para si, vários bens descritos no auto de fls., entre eles armas de fogo, pertencentes à vítima Z, Delegado de Polícia. A denúncia foi recebida. O réu Y foi citado pessoalmente, apresentando resposta à acusação. Já o réu X foi citado por edital, pois em l.i.n.s., determinando-se a suspensão do feito quanto a ele, nos termos do artigo 366, do Código de Processo Penal, não sem antes a realização de produção antecipada de provas. Em audiência de instrução, debates e julgamento, foram ouvidas a vítima e testemunhas arroladas pela defesa, não se interrogando o réu, pois ausente ao ato, decretando-se, então, sua revelia. Em debates, o representante do Ministério Público pleiteou a procedência da ação penal, nos termos da denúncia, com a conseqüente condenação do réu. A defesa, preliminarmente, requereu a intimação do réu para ser interrogado. No mérito, pugnou pela absolvição, nos termos do artigo 386, VII, do Código de Processo Penal. É o relatório. DECIDO. 2. A preliminar deve ser rejeitada. Ora, conforme já decidido por ocasião da audiência de instrução, debates e julgamento é o réu revel, não cabendo qualquer intimação para este ato, pois procurado para tanto, no endereço por ele nos autos encontrado não foi, tudo em inteligência do artigo 367, do Código de Processo Penal. No mérito, a ação penal dever ser julgada procedente. A materialidade do delito, em suas elementares e na circunstância do concurso de agentes, está comprovada pelos autos de fls., bem como pela prova oral, pois se trata, neste ponto, de infração que não deixa necessariamente vestígios. A materialidade da qualificadora de rompimento de obstáculo está comprovada pelo laudo de fls. A autoria é indubitosa. O réu, na fase policial, confessou o delito exatamente conforme descrito na inicial ministerial. Já em Juízo, nada disse, uma vez que revel. A prova oral corroborou os fatos narrados na denúncia. A vítima, de maneira firme e coerente, disse que por ocasião do fim de ano foi viajar e quando retornou percebeu o furto em sua casa, com arrombamento de portas, janelas e grades, dando por falta de diversos bens, tais como jóias, produtos eletrônicos e, em especial, algumas armas de fogo e munição. Assim, após algumas diligências feitas pela DIG chegou-se ao réu Y, o qual prontamente confessou o delito, delatado o réu, bem como indicando os locais onde parte do produto da rapina estava, sendo um destes a própria casa dele. Desta forma, foram encontrados estes bens e inclusive uma das armas de fogo furtadas, ressaltando-se que diversos bens, entre eles uma arma de fogo, até hoje não tem paradeiro descoberto. As testemunhas ouvidas, pouco ou nada acrescentaram ao conjunto probatório, limitando-se a prestar detalhes abonadores sobre a vida pregressa do réu. Diante desse quadro, percebe-se que o réu praticou o furto em suas elementares, bem como nas circunstâncias do concurso de agentes e rompimento de obstáculo. Não obstante a confissão já não mais seja a rainha das provas, seu conteúdo probatório, mesmo a extrajudicial, é de grande valor, principalmente, como no caso, quando encontra respaldo no mais do conjunto probatório. Mesmo se isso não bastasse, o fato da res furtiva ter sido encontrada em poder do réu, ou melhor, em lugar por ele deixada, logo após a subtração, inverte o ônus da prova, impondo ao acusado justificativa verossímil, fazendo incidir sobre ele presunção de culpabilidade pelo delito de furto, pois quem apresenta um álibi, deve comprová-lo

satisfatoriamente, pena de ser tido como réu confesso (JTACrim, 54:204), ou, ainda, quem invoca um álibi, para recusar a co-autoria ou a participação em delito, não o provando, faz despontar indícios de má justificação, a ser utilizado contra o réu (RJDTACrim - Vol. 16, Out./Dez.-1992 - Pag. 214 - Rel. Sérgio Pitombo). No caso, o réu não fez qualquer prova que pudesse afastar a presunção em questão, ressaltando-se que, inclusive, confessou a participação no crime. No mais, evidente o concurso de agentes, pois, diante do conjunto probatório, tudo leva a crer que o réu e o co-réu são co-autores, pois, de qualquer modo, contribuíram para o crime, estando previamente associados entre si e com unidade de propósitos, tendo o domínio final do fato típico, o qual praticaram, não podendo ser considerados como meros partícipes, vez que nenhum deles simplesmente apenas contribuiu auxiliando a conduta do outro. Destarte, comprovadas a materialidade e a autoria do furto qualificado pelo concurso de agentes e rompimento de obstáculo, impõe-se a condenação. Na aplicação da pena, sopesados os elementos norteadores do artigo 59, do Código Penal, a base deve ser aumentada em um sexto, tendo em vista a reincidência, conforme certidão de fls. do apenso próprio, tornando-se, assim, definitiva, na ausência de outras condições modificadoras. Em razão das condições econômicas do réu, a unidade do dia-multa deve ser fixada no mínimo legal. 3. Posto isso, julgo PROCEDENTE a ação penal e CONDENO o réu Y, qualificado nos autos, como incurso no artigo 155, parágrafo 4º, I e IV, do Código Penal, à pena de dois anos e quatro meses de reclusão e onze dias multa, com unidade fixada no mínimo legal. Em razão da reincidência, não faz o réu jus aos benefícios previstos nos artigos 44 e 77, do Código Penal. O regime inicial para cumprimento da pena privativa de liberdade deverá ser o semi-aberto, nos termos do artigo 33, do Código Penal, tendo em vista a quantidade de pena fixada, que, no caso, deve prevalecer. Em razão da primariedade, bem como por não estarem presentes os requisitos da prisão preventiva, ressaltando-se que o crime não pode ser, de fato, considerado, isoladamente, grave, nos termos do artigo 594, do Código de Processo Penal, faz o réu jus ao benefício de recorrer em liberdade. Transitada esta em julgado, lance-se o nome do réu no Livro do Rol dos Culpados e arquivem-se os autos, com as providências e anotações de praxe. P.R.I.C. CIDADE, 11 de janeiro de 2011.

ANEXO B – Dosimetria da Pena no Delito do Artigo 157 do Código Penal

X já qualificado nos autos, foi denunciado como incurso no art. 157, § 2º, incisos I e II e § 3º. do Código Penal, porque no dia 23 de maio de 2009, por volta das 18:10 horas, na rua //, //, mediante violência exercida com disparo de arma de fogo, agindo em concurso entre ele e terceiro não identificado, matou a vítima com o fim de lhe subtrair para si dinheiro. Apurou-se que o acusado e seu comparsa ajustaram a prática do roubo. Entraram no mercado e se dirigiram até uma das vítimas que passou a ser violentamente agredida. A segunda vítima foi socorrer o pai, acabou baleado e morto. Fugiram. Acabou preso. Recebida a denúncia o acusado foi interrogado. Em juízo foram ouvidas testemunhas de acusação. Em alegações finais, o Ministério Público protestou pela procedência da ação, eis que as provas carreadas aos autos demonstram de forma inequívoca o delito de latrocínio. A defesa pediu improcedência da ação porque o reconhecimento foi realizado muito tempo depois; não existem provas; é menor; confessou. Relatei. Decido. A ação penal procede. Trata-se de ação penal, cuja denúncia imputa ao acusado a prática do crime de latrocínio, tipificado no artigo 157, § 3º. do Código Penal. O roubo é crime complexo, eis que encerra dois tipos numa única descrição legal, ou seja, um crime de furto (art. 155 do C.P.) e de ameaça (art. 147 do C.P.) ou lesão corporal (art. 129 do C.P.), ofendendo o patrimônio e a liberdade psíquica da vítima ou sua integridade corporal. Ao latrocínio, acresça-se o homicídio, se este decorrer da violência empregada. Como objeto jurídico imediato, tem-se o patrimônio, tutelando-se também a integridade corporal, a liberdade e, no latrocínio, a vida do sujeito passivo. Portanto, o que caracteriza o latrocínio e não o homicídio é exatamente esta complexidade de ofensas no primeiro. A partir daí passarei a analisar os fatos à luz do direito. Como é cediço, para que se faça possível a decisão condenatória dois requisitos se mostram absolutamente necessários, sem os quais impõe-se a absolvição. Primeiro deve estar provada a materialidade, que, in casu, qualquer dúvida resta, ante a análise dos autos de exibição e apreensão e do laudo de exame de corpo de delito. Resta o segundo ? autoria - ter a real certeza de que o sujeito ativo praticou o fato descrito na norma penal incriminadora. O acusado quando interrogado, confessou a autoria do crime. Disse que, associado ao comparsa resolveram praticar o roubo. Foram ao local, ingressaram e abordaram a primeira vítima. Houve reação, por isso a atacou. A segunda vítima apareceu e reagiu, bateu com uma vassoura na arma que disparou. Nega tivesse a intenção de disparar. Mas não foi exatamente isso o que restou provado. Vejamos. Contou a vítima sobrevivente que o acusado, armado, invadiu o mercado. A abordou e, com extrema violência, passou a agredi-la com coronhadas e pontapés, eis que estava caía. O filho, a segunda vítima, foi em sua direção e acabou sendo covardemente baleado. Ao final, reconheceu o réu, esclarecendo, ainda, que o dinheiro e o celular não foram recuperados. As duas testemunhas presenciais contaram o mesmo. Que dois homens invadiram o local armados. Abordaram a primeira vítima e passaram a agredi-la. O filho reagiu e acabou sendo baleado. Ambas reconheceram o réu, sem sombra de dúvidas, como sendo o autor do crime. O crime é mesmo consumado eis que as reias não foram recuperadas. Diante ao exposto, outra decisão não há senão a procedência da ação. Passo a dosimetria da pena. O réu é primário. No mais, as circunstâncias do art. 59 do Código Penal lhes são desfavoráveis. Vejamos. O acusado, associou-se a um comparsa, armou-se, montou tocaia, atacou a vítima, a agrediu com pontapés e coronhadas, e de forma fria, efetuou os disparos que a levaram à morte a segunda vítima. Pior, da análise do interrogatório, quer fazer crer

que a própria vítima foi a culpada por sua morte, eis que reagiu. Não fosse a morte da vítima, fato já levado em consideração quando o legislador votou o preceito secundário, está no artigo 59 do Código Penal que deve a pena base ser fixada, também, levando em consideração os efeitos do crime. Neste caso foram devastadores. A vítima era rapaz na mais tenra idade, com toda a vida pela frente. Deixou pai e família devastados. Por isso tudo, fixo a pena base acima do mínimo em 30 (trinta) anos de reclusão, além da pecuniária de 15 (quinze) dias multa, sendo esta calculada na proporção mínima cominada em lei. Não confessou, eis que negou tivesse feito o disparo, bem como negou tivesse agredido friamente a vítima. Mas milita em favor do agente o fato de ser menor de 21 anos na data do crime, então, reduzo a pena de 1/6, fixando-a de forma definitiva em 25 (vinte e cinco) anos de reclusão e 13 (treze) dias-multa. Tendo em vista que o latrocínio é crime hediondo, bem como o que dispõe o art. 2º da Lei 8/072/90, estabeleço o regime inicial fechado para o cumprimento da pena, bem como nego-lhe o direito de apelo em liberdade. Diante ao exposto, julgo procedente a ação penal para: CONDENAR o acusado X como incurso no art. 157, § 3º, do Código Penal, às penas de 25 (vinte e cinco) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e no pagamento de 13 (treze) dias-multa, cada qual na proporção mínima cominada na lei. Nego ao sentenciado o direito de apelar em liberdade. Recomende-se aonde se encontre. Transitada em julgado, lance-lhe o nome no rol dos culpados. P.R.I. CIDADE, 4 de julho de 2011. C. G. S. C. Juiz de Direito.

ANEXO C – Dosimetria da Pena no Delito do Artigo 155 Combinado Com o Artigo 14, Inciso II, Ambos do Código Penal

Vistos. X, qualificado nos autos, foi denunciado como incurso nas penas do artigo 155, §4º, inciso I, c.c. artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal, porque, no dia 14 de maio de 2010, por volta das 10 horas, na residência de número // da Rua //, Vila Betânia, nesta cidade e comarca, teria tentado subtrair, para si, mediante rompimento de obstáculo, jóias, relógios, pertences pessoais, isqueiro, uma camisa de time e aproximadamente R\$ 300,00 em dinheiro, em prejuízo de Z, somente não consumando o delito por circunstâncias alheias à sua vontade. Recebida a denúncia (fls. 57), o réu foi citado (fls. 76) e apresentou defesa preliminar (fls. 78/79). Durante a instrução, realizada por videoconferência, foram ouvidas duas testemunhas e a vítima, sendo o réu posteriormente interrogado. O Ministério Público, em debates orais, pugnou pela condenação do acusado nos termos da denúncia. A Defesa suscitou nulidade do feito pela realização da audiência de instrução através de videoconferência e, no mérito, requereu a absolvição do réu por inexigibilidade de conduta diversa. Em caso de condenação, pediu a diminuição máxima pela tentativa e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Relatado. FUNDAMENTO E DECIDO. Afasto a preliminar de nulidade do feito argüida pela Defesa. Relativamente à violação do artigo 185, parágrafo 2º, do Código de Processo Penal, reporto-me, para afastá-la, ao teor do despacho de fls. 83, eis que o acusado encontra-se recolhido na Penitenciária I de Balbinos, comarca longínqua que demandaria muita dificuldade para sua apresentação em audiência. Ademais, o procedimento de videoconferência está devidamente previsto em lei, não havendo nenhuma nulidade em sua adoção, pois motivada a necessidade no caso concreto. Observo, ainda, que em nenhum momento o legislador obrigou a presença de dois defensores para o réu durante o ato, um na sala de audiências e outro no estabelecimento prisional. Previu a possibilidade de ser nomeado um advogado ao réu no local onde se encontra preso para se comunicar com o defensor da sala de audiências, sendo esta uma faculdade da Defesa, que não foi desempenhada nestes autos, de modo que não pode a Defensoria alegar nulidade a que deu causa. No mérito propriamente dito, a materialidade delitativa restou provada pelo auto de exibição e apreensão de fls. 11/12, auto de entrega de fls. 13/14 e declarações da vítima. A autoria em relação ao acusado é indubitosa. Interrogado sobre os fatos, X assumiu que praticou a tentativa de furto descrita na inicial, mencionando que o fez para adquirir uma arma, vez que estava sendo ameaçado pelo namorado de sua ex-esposa, que é integrante de facção criminosa. Disse que foi agredido pelos policiais responsáveis por sua prisão. A confissão do réu a respeito da tentativa de furto, aliada ao reconhecimento feito pela vítima e à sua prisão em flagrante pelos policiais na posse da res furtiva conduz a um certo decreto condenatório, notadamente porque eventual delito praticado pelos agentes públicos não elide o crime anterior e deve ser apurado pelas vias próprias se reunidos indícios de sua ocorrência. De outro lado, as ameaças que o réu relatou que estava sofrendo não estão comprovadas, o que impede o reconhecimento da inexigibilidade de conduta diversa e conseqüentemente inviabiliza sua absolvição. Enfim, o réu percorreu quase todo o "iter criminis" para a prática de um furto qualificado, conforme laudo pericial acostado aos autos e depoimento das testemunhas, mas, por circunstâncias alheias à sua vontade, não consumou a subtração, devendo responder pelo delito na forma tentada. Formada a culpa, passo à fixação da pena. O réu é reincidente (fls. 22), circunstância que será analisada na segunda fase da fixação da pena. Neste

primeiro momento, considerando que ele possui outras duas condenações transitadas em julgado (fls. 21 e 23), sendo portador de maus antecedentes, merece pena-base 1/5 acima do mínimo, ou seja, 02 anos, 04 meses e 24 dias de reclusão e 12 dias-multa. Mesmo tendo confessado espontaneamente o crime, sua reprimenda não poderá ser reduzida pela atenuante da confissão, posto que X é reincidente e a reincidência é circunstância preponderante, pois indica o perfil do acusado. A pena-base, assim, deve ser aumentada em mais 1/6 e agora fixada em 02 anos, 09 meses e 18 dias de reclusão e 14 dias-multa. Por fim, pela tentativa, reduzo a pena do réu em apenas 1/3, já que ele havia praticamente percorrido a maior parte do iter criminis quando foi preso pelos policiais, tendo sido detido já na via pública e na posse dos bens subtraídos, fixando-a definitivamente em 01 ano, 10 meses e 12 dias de reclusão e 09 dias-multa. Ante o exposto, JULGO PROCEDENTE a ação penal para condenar X ao cumprimento da pena de 01 ano, 10 meses e 12 dias de reclusão e ao pagamento de 09 dias-multa, no valor de 1/30 do salário mínimo, por infração ao artigo 155, parágrafo 4º, inciso I, c.c. artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal. O réu não faz jus a penas restritivas de direito e tampouco ao sursis, já que é portador de maus antecedentes e reincidente em crimes dolosos, possuindo uma vida totalmente voltada à prática de ilícitos. Pelos motivos acima expostos, deverá iniciar o cumprimento da reprimenda no regime fechado e não poderá recorrer em liberdade. Importante consignar que X praticou este delito quando estava no gozo de liberdade condicional, pondo em risco a ordem pública a aplicação da lei penal, sendo necessário a imposição de severo regime visando à sua ressocialização. Após o trânsito em julgado, lance-se o nome do réu no rol dos culpados. Custas na forma da lei. P.R.I.C. CIDADE, 04 de janeiro de 2011. A. F. S. Juiz de Direito.

ANEXO D – Dosimetria da Pena no Delito do Artigo 155 “Caput” do Código Penal

Vistos. A, qualificado nos autos, foi denunciado como incurso no artigo 155, § 4º, inciso II, do Código Penal, porque, no dia 13 de janeiro de 2008, por volta das 18h, na Rua //, nº, Jardim //, nesta Comarca, subtraiu, para si ou para outrem, mediante escalada, os objetos descritos na denúncia, pertencentes a V, tendo o crime se consumado. Segundo narrado, o acusado pulou o muro da residência da vítima e nela ingressou, vindo a subtrair das dependências da moradia os bens descritos na denúncia, acondicionando-os em duas bolsas de viagem e, em seguida, pulou o muro e evadiu-se na posse dos objetos rapinados. Contudo, os vizinhos da vítima notaram a ação delituosa e notificaram o fato à polícia, onde, após patrulhamento na região, localizaram e prenderam o denunciado. A denúncia foi recebida em 15 de fevereiro de 2008, o acusado deixou transcorrer o prazo legal sem constituir defensor. Anota-se defesa preliminar ofertada pela digna defensora indicada pela Defensoria Pública (fls. 176/177). Durante a instrução foram ouvidas a vítima, XX testemunha de acusação e interrogado o réu. Encerrada a fase probatória, o representante do Ministério Público pugnou pela procedência parcial da ação penal, afastando apenas a qualificadora. A Defesa pediu a absolvição. Relatado. Fundamento e decido. A ação é parcialmente procedente. A materialidade está comprovada pelo boletim de ocorrência, auto de apreensão e exibição e auto de avaliação, juntados aos autos. A autoria é inequívoca. A vítima V disse que não estava em casa no momento do furto. Que quando chegou a Polícia estava na porta e indagou se a bolsa apreendida com o réu era dela. Que reconheceu a bolsa, bem como a camisa que o réu estava vestindo, pois esta tinha o nome da vítima nas costas, sendo uma camisa de futebol. Disse que o muro, na parte mais baixa, tem dois metros de altura. A testemunha PM F disse que estava de patrulhamento nas imediações quando recebeu, via rádio, comunicação de furto a residência, no qual um indivíduo saía de uma casa com uma bolsa de cor preta, após ter pulado o muro. Disse que avistaram o réu indo em direção ao Banhado com as roupas, como descrito na comunicação, de posse da bolsa. Disse que levaram o réu até a vítima, sendo que esta reconheceu a camisa de futebol que o réu vestia, pois tinha o seu nome nas costas. Disse que a vítima também reconheceu a bolsa que o réu portava. Disse não se recordar da altura do muro da casa da vítima. Já o outro policial militar, a testemunha S, confirmou na íntegra o depoimento de seu colega militar. O réu confessou parcialmente os fatos. Disse que subtraiu os bens mas que não pulou o muro e sim entrou pelo portão da garagem, que estava entreaberto. Assim, a subtração da coisa alheia foi confirmada pela confissão e prova oral colhida, sendo a condenação de rigor. Contudo, não ficou comprovada a qualificadora da escalada. Não houve realização de perícia técnica e nem houve prova testemunhal que confirmasse que o réu escalou o muro para furtar a casa. A testemunha F não se recorda qual a altura do muro ou se foi feita análise do local. A mera palavra da vítima não serve para comprovar a qualificadora da escalada. Isso porque a vítima nada viu e nem estava lá no momento dos fatos. Apenas disse que o muro de sua casa tem 2 metros na parte mais baixa. Ora, não se pode presumir que por isso houve escalada, diante da pouca altura do muro e até do fato que pode ser que o réu tenha entrado e saído usando outros meios, seja pelo muro (usando escada, p. exemplo), seja aproveitando-se de eventuais portas abertas, como ele mesmo disse em seu interrogatório. No mais, não procede a tese da configuração da tentativa. O réu teve a posse mansa e pacífica dos bens, tanto é que já vestia a camisa de futebol

da vítima. Assim, teve tempo o suficiente para gozar dos bens e para retirá-los da esfera de vigilância da vítima. Passo à dosimetria da pena. Atento as diretrizes do artigo 59, do Código Penal, observo que o réu é reincidente específico, tem péssimos antecedentes e personalidade desvirtuada, pois apresenta várias condenações definitivas além daquela caracterizadora da reincidência (certidões no apenso), bem como é longa sua FA. Assim, fixo a pena-base pelo crime de furto simples acima do mínimo legal, em um ano e quatro meses de reclusão, e 13 dias-multa. Há a agravante da reincidência, bem como a atenuante da confissão, pelo qual a pena, preponderando aquela, deve ser aumentada para 1 (um) ano, 9 (nove) meses e 10 (dez) dias de reclusão, e 17 dias-multa, que se torna definitiva na ausência de outras causas modificadoras. Diante da reincidência e das circunstâncias judiciais, além dos critérios do art. 33 do CP, fixo o regime semi-aberto para início de cumprimento da pena. O acusado não faz jus ao benefício previsto nos artigos 43 e nos seguintes do Código Penal, desta forma, pois é reincidente específico e não é socialmente recomendável que o réu, egresso do sistema, voltando a delinquir seja apenado com pena restritiva de direitos. Por serem parcas as informações acerca da situação financeira dos réus, fixo o valor do dia-multa no seu mínimo legal, a ser atualizado pelo salário mínimo da data dos fatos até o momento do seu efetivo pagamento. Pelo exposto, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE a presente pretensão punitiva, e o faço para CONDENAR o réu A a pena de 1 (um) ano, 9 (nove) meses e 10 (dez) dias de reclusão e ao pagamento de 17 dias-multa, por infração ao artigo 155, caput, do Código Penal, com regime inicial de cumprimento de pena SEMI-ABERTO. Deixo de decretar a prisão preventiva do réu, pois desproporcional ao montante e regime da pena aplicada. Oportunamente, lance-se o nome do réu ao rol dos culpados. Deixo de fixar o valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, nos termos do artigo 387, inciso IV, do Código de Processo Penal, com redação dada pela lei 11.719, de 20 de junho de 2.008, pois os valores foram recuperados, não havendo prova de outro prejuízo. P.R.I.C. CIDADE, 10 de agosto de 2011. A. F. T. Juiz de Direito.