

UNIVERSIDADE DO EXTREMO SUL CATARINENSE – UNESC
PREPARAÇÃO PARA A MAGISTRATURA ESTADUAL
RAQUEL ROSSO

**AS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DO ARTIGO 59 DO CÓDIGO
PENAL E AS CONTROVÉRSIAS EM SUA APLICAÇÃO**

Criciúma
2014

RAQUEL ROSSO

**AS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DO ARTIGO 59 DO CÓDIGO
PENAL E AS CONTROVÉRSIAS EM SUA APLICAÇÃO**

Monografia submetida à Universidade do
Extremo Sul Catarinense – UNESC para
obtenção do título de Especialista em Prática
Jurídica e Preparação para a Magistratura
Estadual.

Orientador: Professor Anamara de Souza

Criciúma

2014

A Deus e à minha família.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus por tudo que me concedeu e concede todos os dias. Por tudo de especial que colocou em minha vida. Pelas pessoas que passaram, deixando grandes lições, e principalmente pelas que permanecem e são motivos de alegria constantemente.

Agradeço aos meus lindos sobrinhos, tão especiais e queridos, especialmente à Michelle, pelas conversas até de madrugada, pelas danças no quarto, pelos filmes com petiscos (muitos petiscos) e pelas risadas. Amo vocês!

Aos meus amigos, pelos encontros, pelas conversas e pela imensa paciência (quem disse que é fácil me aguentar?). Ou seja, pela amizade.

Ao Gordo, por me trazer carinho e risadas diariamente. Um gato folgado e cheio de manias sim. Mas fazer o quê? Dizem que o amor é cego. Acho que é verdade...

À minha mãe por ainda cuidar de mim como um bebê. Tanta dedicação, tanto empenho... Amor realmente incondicional.

Ao meu pai por tornar cada momento ao meu lado um evento, uma festa. Como não amar? Como não se sentir especial, única?

Amor incomparável de meus pais. Como diz aquela música: "... o amor que aprendi vendo os meus pais, o amor que tive e recebi e hoje posso dar livre e feliz".

Só tenho a agradecer a Deus por me dar essa família. Só tenho a agradecer aos meus pais e dizer: amo vocês! Amo, amo, amo! Obrigada, muito obrigada!

RESUMO

Este trabalho tem por escopo abordar as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, tendo em vista a subjetividade de sua aplicação. A construção de um trabalho desta natureza impõe a observância de lógica que permita examinar, de forma geral, o instituto em que o objeto delimitado se insere. Para tanto, discorre-se no primeiro capítulo acerca da sentença penal, seu conceito e seus requisitos, enfatizando os princípios que norteiam, bem como delimitando o sistema adotado no Brasil. Subsequentemente, falar-se-á sobre as fases da aplicação da pena. Por fim, no capítulo derradeiro, expõe-se sobre a divergência quanto à aplicação das circunstâncias judiciais elencadas no artigo 59. Assim, para o desenvolvimento do presente caderno monográfico, utiliza-se o método hipotético-dedutivo, de cunho teórico, calcado em pesquisas bibliográficas.

Palavras-chave: circunstâncias judiciais, dosimetria, sentença penal, culpabilidade, antecedentes.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1 SENTENÇA PENAL	7
1.1 CONCEITO.....	7
1.2 PRINCÍPIOS NORTEADORES DA SENTENÇA.....	9
1.2.1 Princípio da identidade física do juiz	9
1.2.2 Princípio do livre convencimento do juiz ou da persuasão racional	9
1.2.3 Princípio do <i>in dubio pro reo</i>	10
1.2.4 Princípio da congruência (ou correlação) na sentença penal	11
1.3 REQUISITOS DA SENTENÇA.....	14
1.4 SISTEMA TRIFÁSICO.....	18
2 FASES DA APLICAÇÃO DA PENA	20
2.1 PRIMEIRA FASE – CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS.....	20
2.1.1 Culpabilidade	21
2.1.2 Antecedentes	21
2.1.3 Conduta Social	22
2.1.4 Personalidade	23
2.1.5 Motivos	23
2.1.6 Circunstâncias do crime	24
2.1.7 Consequências do crime	25
2.1.8 Comportamento da vítima	26
2.2 SEGUNDA FASE – CIRCUNSTÂNCIAS AGRAVANTES E ATENUANTES.....	27
2.2.1 Circunstâncias agravantes	27
2.2.1 Circunstâncias atenuantes	28
2.3 TERCEIRA FASE – CAUSAS DE AUMENTO E DE DIMINUIÇÃO.....	29
3 CONTROVÉRSIAS NA APLICAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS	32
3.1 CULPABILIDADE.....	32
3.2 ANTECEDENTES.....	35
3.3 PERSONALIDADE DO AGENTE.....	38
3.4 COMPORTAMENTO DA VÍTIMA.....	44
CONCLUSÃO	47
REFERÊNCIAS	49

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por escopo a abordagem das circunstâncias judiciais elencadas no artigo 59 do Código Penal, enfatizando a subjetividade que algumas trazem consigo e, conseqüentemente, a divergência em sua aplicação, o que gera conseqüências práticas, haja vista que podem elevar a pena mínima cominada ao delito.

Por tratar-se de questão inerente à dosimetria da pena, importante discorrer, primeiramente, acerca da sentença penal, tratando seu conceito, princípios norteadores, bem como, os requisitos, observando o critério adotado pelo direito penal brasileiro, qual seja, o sistema trifásico.

O sistema trifásico estabelece que o juiz deve fixar a pena-base passando por três etapas. Na primeira fase são analisadas as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal. Já, no segundo capítulo, enfatizando-se a próxima etapa de aplicação da pena. Na segunda fase é o momento de passar a verificar às circunstâncias agravantes e atenuantes. Por último, na terceira fase, são ponderadas as causas de aumento e de diminuição. São questões abarcadas de forma superficial.

Por fim, no terceiro capítulo, será enfatizado o entendimento da doutrina nacional acerca das circunstâncias judiciais, bem como delinear a aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro.

Busca-se sistematizar e refletir acerca da subjetividade das circunstâncias judiciais, com ênfase dificuldade de sua aplicação, criando-se um raciocínio lógico acerca da concretização dos fins elencados na Carta Magna e no Direito Penal e sua aplicação pelo operador do direito, com intuito de culminar a um ponto pacífico, valendo-se de pesquisas bibliográficas.

1 SENTENÇA PENAL

Para ingressar no tema, visando melhor compreendê-lo, necessário se faz a análise da sentença penal, discorrendo sobre os tipos de sentença, seus princípios norteadores, bem como o sistema adotado pelo nosso país.

1.1 CONCEITO

Ato processual é aquele praticado com a finalidade de gerar efeitos no processo, segundo lição de BONFIM (2009). Por sua vez, os atos processuais são divididos em atos das partes e atos jurisdicionais. Os atos das partes subdividem-se em postulatórios, dispositivos, instrutórios ou reais, e os atos jurisdicionais em despachos e decisões, sendo estes os de maior relevância no presente estudo.

Os despachos são pronunciamentos sem carga decisória que visam à movimentação do processo. Nas palavras de OLIVEIRA (2008, p. 499), são “[...] atos em que o juiz simplesmente determina o seguimento do feito, dando cumprimento ao curso das fases procedimentais, sem se deter no exame de qualquer questão controvertida [...]”.

Já as decisões são atos nos quais o juiz é chamado para solucionar alguma questão de direito material ou processual, conforme lição de OLIVEIRA (2008, p. 499):

“[...] E há atos em que o juiz é chamado a resolver ponto ou questão sob os quais paire controvérsia relevante, seja sobre a própria pretensão de direito material (punitiva), seja sobre matéria exclusivamente processual, relativa tanto aos pressupostos processuais quanto às condições da ação, entre as quais se inclui a *justa causa* (art. 395, III, CPP), Temos aqui as decisões judiciais.

As decisões dividem-se em interlocutórias e definitivas. As interlocutórias são “soluções dadas pelo juiz, acerca de questão controversa, envolvendo a contraposição de interesses das partes, podendo ou não colocar fim ao processo [...]” (NUCCI, 2010, p. 652) e podem ser simples ou mistas. As decisões interlocutórias simples deliberam acerca de uma controvérsia sem por fim ao processo ou a uma fase ou etapa procedimental, possuindo um mínimo de cunho decisório, como ocorre na decretação da preventiva, quebra do sigilo telefônico ou

fiscal, determinação de busca e apreensão, recebimento de denúncia ou queixa, etc, e as decisões interlocutórias mistas resolvem uma controvérsia – possuem caráter decisório, colocando fim ao processo ou uma fase do mesmo, como, por exemplo, pronúncia, impronúncia, acolhimento de exceção de coisa julgada ou litispendência, desclassificação, etc. (LOPES JR., 2014).

Quanto às decisões definitivas, são as proferidas pelo juiz e que põem termo ao processo, avaliando a procedência ou improcedência da imputação, ou somente afastando a pretensão punitiva do Estado, como no caso de reconhecimento de causa extintiva da punibilidade (ex: prescrição). As decisões podem ser classificadas em: decisões terminativas de mérito, sentenças absolutórias e sentenças condenatórias.

Nas decisões terminativas (definitivas) em sentido estrito, ou terminativas de mérito, o juiz analisa o mérito, porém sem que de tal ato resulte a condenação ou absolvição. Possuem eficácia declaratória. É o que ocorre quando o juiz declara a extinção da punibilidade com base no art. 107 do CP.

Com relação às sentenças absolutórias, pode-se dizer que é aquela decisão em que o juiz não acolhe a pretensão punitiva estatal. Podem ser próprias, as quais não acolhem a pretensão punitiva do Estado e não impõem qualquer sanção, ou impróprias, aquelas em que o juiz, apesar de não acolher a pretensão da acusação, reconhece a existência da infração penal e aplica uma medida de segurança (BONFIM, 2009).

Há sentença condenatória “[...] quando o juiz julga procedente a pretensão punitiva do Estado, fixando exatamente a sanção penal devida, até então abstratamente prevista, a ser exigida do acusado” (NUCCI, 2010, p. 653).

Ressalta LOPES JR. (2014, p. 1116) que, “excetuando-se os despachos de mero expediente, as decisões e as sentenças devem ser fundamentadas, sob pena de nulidade [...]”.

Para SCHMITT (2014, p. 18), “a sentença pode ser vista de forma isolada como ato essencial do processo, que deve, necessariamente, obedecer a determinados requisitos, ou como ato último e culminante do arco procedimental” (SCHMITT, (2014, p. 18). Assim, a sentença é o ato mais importante do processo, eis que aplica o direito ao caso concreto e soluciona o conflito de interesses posto a sua apreciação.

1.2 PRINCÍPIOS NORTEADORES DA SENTENÇA

Sabendo-se que o direito penal possui caráter sancionatório e restritivo da liberdade, existem alguns princípios que norteiam a atividade jurisdicional e visam garantir os direitos fundamentais do acusado, principalmente o direito à liberdade.

Frente a isso, necessário destacar os fundamentais princípios que regem a sentença, quais sejam: da identidade física do juiz, da persuasão racional, princípio do *in dúbio pro reo* e da congruência.

1.2.1 Princípio da identidade física do juiz

Foi introduzido no processo penal através da Lei nº 11.719/08, sendo decorrência lógica do princípio da oralidade. Enuncia que o magistrado que instruiu o processo seja o mesmo que proferirá a sentença, e isso porque “[...] o juiz que ouviu as testemunhas e interrogou o réu na audiência de instrução tem melhores condições de apreciar a prova e proferir a sentença (REIS, 2012, p. 86).

De forma clara, explica RANGEL (2011, p. 549):

Trata-se de exigência legal de que o juiz que presidiu e concluiu a instrução do caso penal seja o mesmo que irá julgá-lo, já que pela oralidade que o permitiu avaliar direta e pessoalmente os fatos, bem como seu contato imediato com as partes, não nos autoriza que outro magistrado julgue a causa.

As exceções a esse artigo não estão disciplinadas no Código de Processo Penal, motivo pelo qual deve ser aplicado por analogia o artigo 132 do Código de Processo Civil, o qual dispõe que o juiz, titular ou substituto, não julgará a lide se estiver convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo, promovido ou aposentado, casos em que passará os autos ao seu sucessor.

Esse princípio é aplicável em todos os procedimentos criminais, inclusive no Tribunal do Júri na fase de pronúncia.

1.2.2 Princípio do livre convencimento do juiz ou da persuasão racional

O princípio da persuasão racional, também chamado de livre convencimento do juiz, estabelece que o juiz forma o seu convencimento de maneira

livre, consoante regra prescrita no artigo 155 do Código de Processo Penal, porém deve fazê-lo de modo fundamentado ao proferir alguma decisão.

1.2.3 Princípio do *in dubio pro reo*

É também conhecido como princípio do favor rei.

O ônus da prova no processo penal é da acusação. Tanto é assim que o acusado não é obrigado a produzir prova contra si. Sendo assim, se os fatos não forem suficientemente esclarecidos, deve se absolver o acusado, privilegiando o seu direito de liberdade. Igual medida é cabível quando a norma trouxer interpretações antagônicas (RANGEL, 2011).

Nas palavras de BEDÊ JÚNIOR (2009, p. 94):

Princípio importantíssimo no Estado Democrático de Direito, a lógica do *in dubio pro reo* é que se o magistrado, ao analisar o conjunto probatório, permanecer em dúvida sobre a condenação ou a absolvição do réu, deve optar pela absolvição, até porque entre duas hipóteses não ideais é menos traumático para o direito absolver um réu culpado do que admitir a condenação de um inocente.

Questão controvertida é a da possibilidade da aplicação do princípio do *in dubio pro reo* nas fases da pronúncia e do recebimento da denúncia. A doutrina e a jurisprudência majoritárias observam que neste momento deve prevalecer o *in dubio pro societate*, pois apenas permite o prosseguimento da ação, não havendo condenação e, no caso de pronúncia, levará o réu a júri, que poderá ser absolvido. No entanto, corrente minoritária aponta que esse princípio não é compatível com o Estado Democrático de Direito, inclusive destacando que não há qualquer respaldo na legislação. Assevera BEDÊ JÚNIOR (2009, p. 99):

Efetivamente, após meditar sobre o tema, entendemos que é hora de rever esse dogma de que, nos momentos processuais em comento, a dúvida é a favor da sociedade. Ora, se, para o recebimento da denúncia, é exigida a comprovação de indícios de autoria e prova de materialidade, ou estão presentes esses requisitos ou a denúncia deve ser rejeitada por falta de justa causa. Deve o Estado prosseguir investigando e, ao superar a dúvida, oferecer a denúncia com o preenchimento dos requisitos legais.

No mais, é de se consignar que a recente reforma do Código de Processo Penal consagrou expressamente o princípio em exame no artigo 386, inciso VI, o

qual estabelece que se “existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena (artigos 20, 21, 22, 23, 26 e § 1º do art. 28, todos do Código Penal), ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência”, deverá o acusado ser absolvido.

1.2.4 Princípio da congruência (ou correlação) na sentença penal

No processo penal deve haver correlação entre fato criminoso, processo e pena, eis que não há pena sem processo e este deve seguir o rito estabelecido em lei. Desta maneira, para estar formalmente correta, a sentença deve ser prolatada observando o que foi postulado e sustentado pelas partes, e com as provas produzidas no processo (BONFIM, 2009). Ou seja,

Como reflexo dessas características, a sentença deve abranger todos os aspectos da lide penal, detendo-se, por outro lado, estritamente nesses aspectos, segundo o que estiver contido nos autos. O conteúdo da decisão final do juiz, dessarte, corresponde a uma resposta completa e suficiente àquilo que expuserem e requererem as partes. Esse o princípio da correlação entre a acusação e a sentença (BONFIM, 2009, p. 454).

Assim, como o acusado se defende dos fatos criminosos constantes da denúncia ou queixa, deve haver correlação entre a imputação e sentença. Contudo, é necessário observar que o juiz fica atrelado aos fatos narrados na peça exordial, e não à capitulação, consoante lição de CAPEZ (200, p. 532):

Obs.: No processo penal vigora o princípio do *jura novit curia* (princípio da livre dicção do direito), pelo qual se entende que o juiz conhece o direito, chancelando-se o princípio *narra mihi factum dabo tibi jus* (narra-me o fato e te darei o direito). Aplica-se tal princípio no processo para se explicar que o acusado não se defende da *capitulação* dada ao crime na denúncia, mas sim dos fatos narrados na referida peça acusatória.

O princípio da correlação está regulamentado por meio dos institutos da *emendatio libelli* e *mutatio libelli*, trazidos nos artigos 383 e 384 do Código de Processo Penal.

O instituto conhecido como *emendatio libelli* vem consagrado no art. 383 do CPP, o qual estabelece:

Art. 383. O juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave.

§ 1º Se, em consequência de definição jurídica diversa, houver possibilidade de proposta de suspensão condicional do processo, o juiz procederá de acordo com o disposto na lei.

§ 2º Tratando-se de infração da competência de outro juízo, a este serão encaminhados os autos.

Desta feita, como o réu se defende dos fatos, sendo irrelevante a capitulação do crime, poderá o juiz, quando da prolação da sentença, dar a classificação jurídica que entender cabível, ainda que venha a aplicar pena mais grave, e sem necessidade de oitiva dos envolvidos, desde que não haja modificação dos fatos. Pode ocorrer em qualquer grau de jurisdição.

Resume OLIVEIRA (2008, p. 508):

Assim, a *emendatio* não é outra coisa senão correção da inicial (libelo, nessa acepção), para o fim de adequar o fato narrado e efetivamente provado (ou não provado, se a sentença não for condenatória, caso em que seria dispensável a *emendatio*) ao tipo penal previsto em lei.

A *mutatio libelli* vem descrita no art. 384 do Código de Processo Penal, *in verbis*:

Art. 384. Encerrada a instrução probatória, se entender cabível nova definição jurídica do fato, em consequência de prova existente nos autos de elemento ou circunstância da infração penal não contida na acusação, o Ministério Público deverá aditar a denúncia ou queixa, no prazo de 5 (cinco) dias, se em virtude desta houver sido instaurado o processo em crime de ação pública, reduzindo-se a termo o aditamento, quando feito oralmente.

§ 1º Não procedendo o órgão do Ministério Público ao aditamento, aplica-se o art. 28 deste Código.

§ 2º Ouvido o defensor do acusado no prazo de 5 (cinco) dias e admitido o aditamento, o juiz, a requerimento de qualquer das partes, designará dia e hora para continuação da audiência, com inquirição de testemunhas, novo interrogatório do acusado, realização de debates e julgamento.

§ 3º Aplicam-se as disposições dos §§ 1º e 2º do art. 383 ao caput deste artigo.

§ 4º Havendo aditamento, cada parte poderá arrolar até 3 (três) testemunhas, no prazo de 5 (cinco) dias, ficando o juiz, na sentença, adstrito aos termos do aditamento.

§ 5º Não recebido o aditamento, o processo prosseguirá.

Se durante o processo for verificada a mudança da descrição fática constante na denúncia, ou seja, surja prova de elemento ou circunstância não descrita na peça exordial, indicando que o réu possa ser condenado por delito diverso, deve haver o aditamento da peça acusatória para se evitar julgamento além

do que foi requerido, inclusive com a manifestação da defesa e produção de novas provas.

Alerta LOPES JR. (2014) que não é possível a modificação de tipo doloso para tipo culposo, ou a mudança de crime consumado para tentado e vice-versa, sem *mutatio libelli*.

Caso seja realizado o aditamento e for possível a suspensão condicional do processo, a proposta deverá ser realizada pelo próprio representante do Ministério Público (REIS, 2012, p. 457).

Importante frisar, ainda, que “não é cabível *mutatio libelli* em crime de ação penal exclusivamente privada, em razão dos peremptórios termos do art. 384, *caput*” (BONFIM, 2009, p. 460).

Diversamente da *emendatio libelli*, não é cabível em segunda instância, consoante Súmula 453 do supremo Tribunal Federal.

Acrescenta-se que o instituto da *mutatio libelli* consagra os princípios da inércia e da imparcialidade do magistrado.

O princípio da inércia da jurisdição estabelece que o juiz não pode agir de ofício. Somente haverá jurisdição se houver ação. Assim, de acordo com a Constituição Federal, será exercida pelo Ministério Público a atividade persecutória (RANGEL, 2011). Desse princípio

[...] surge a vedação do juiz pronunciar-se sobre algo que não integrou o objeto do processo, isto é, a proibição de que o juiz profira um provimento sobre a matéria que não foi trazida ao processo quando uma das partes exerceu o direito de ação; o juiz estaria agindo de ofício e violando a regra da inércia da jurisdição (BADARÓ, 2009, p. 36).

O princípio da imparcialidade, segundo RANGEL (2011), visa assegurar o compromisso com a verdade, tirando o juiz da persecução penal, deixando esta atividade ao Ministério Público, afastando-o de coações políticas ou funcionais e, por consequência, mantendo imparcial, afastando qualquer possibilidade de influência sobre sua decisão. A falta de isenção, segundo NUCCI (2010), pode decorrer de variados fatores, como por exemplo, corrupção, amizade íntima ou inimizade com alguma das partes, ligação com o objeto do processo, conhecimento pessoal sobre o fato a ser julgado, etc. “[...] Ou seja, deve o Estado-juiz interessar-se apenas pela busca da verdade processual, esteja ela com quem estiver, sem sair de sua posição *supra partes*” (RANGEL, 2011, p. 20).

Desta feita, a sentença deve se mostrar congruente com o pedido para que haja observância dos demais princípios processuais que visam efetivar o devido processo legal.

1.3 REQUISITOS DA SENTENÇA

O conteúdo da sentença, ou também chamado de requisitos estruturais da sentença penal, está delineado no artigo 381 do Código de Processo Penal, *in verbis*:

Art. 381. A sentença conterá:

- I - os nomes das partes ou, quando não possível, as indicações necessárias para identificá-las;
- II - a exposição sucinta da acusação e da defesa;
- III - a indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão;
- IV - a indicação dos artigos de lei aplicados;
- V - o dispositivo;
- VI - a data e a assinatura do juiz.

Assim, para produzir validamente seus efeitos, a sentença deverá conter: relatório, fundamentação e dispositivo.

O relatório conterá o nome das partes, com a qualificação ou dados necessários para identificá-las, bem como a exposição sucinta da acusação e da defesa (381, I e II, CPP). Nas palavras de LOPES JR. (2014, p. 1117), “[...] são indicados os nomes das partes, devidamente identificadas, e a descrição objetiva dos acontecimentos do processo, em geral, remetendo para a morfologia do procedimento.” Ou seja, é um resumo do que ocorreu nos autos. Necessário observar que a Lei dos Juizados Especiais Criminais (Lei nº 9.099/95) prevê que é dispensável o relatório nos processos de sua competência, configurando uma exceção ao artigo 382, II, do Código de Processo Penal (CAPEZ, 2012).

A fundamentação ou motivação, é o momento em que o juiz irá indicar os motivos de fato e de direito de sua decisão, ocasião em que deverá expor seu raciocínio, sob pena de nulidade, consoante artigo 93, IX, da constituição Federal. Na fundamentação também, “[...] sob pena de nulidade, o juiz deve analisar todas as teses e argumentos levantados pela acusação e pela defesa, sendo, porém, evidente que determinadas conclusões, implicitamente, afastam outras [...]” (REIS, 2012, p. 443).

Acerca da importância da fundamentação, alerta SILVA (2003, p. 46):

A fundamentação é garantia das partes, e somente ele pode informar as razões da decisão, possibilitando com isso que o julgado possa ser avaliado quanto a sua justeza e validade. A decisão deve estar motivada na avaliação das provas dos autos, sendo indispensável que o julgador demonstre que os fatos valorados na decisão ocorreram de forma que serviu de motivo à conclusão por ele obtida.

Prossegue o doutrinador (SILVA, 2003, p. 46):

A princípio, pode-se ter a impressão de que a motivação somente atende aos interesses das partes. Na verdade não é isso que ocorre, porque a motivação protege o julgador de qualquer suspeita de arbitrariedade ou parcialidade. Somente um julgado motivado demonstra a transparência da decisão, deixando o juiz tranquilo no seu íntimo, porque, além de julgar segundo sua consciência, deixa claro para todos as razões que o levaram a chegar àquela conclusão.

A parte dispositiva ou conclusão, conterá a parte final do julgamento, a subsunção do fato concreto ao dispositivo legal, julgando a pretensão punitiva estatal – seja pela procedência ou improcedência do pedido formulado pela acusação.

Assim ensina SILVA (2003, p. 52):

Parte dispositiva da sentença é aquela em que se conclui o raciocínio desenvolvido durante a motivação do julgado, subjugando o fato às disposições da lei, julgando a pretensão punitiva estatal, seja condenando ou absolvendo o acusado. Essa exigência está contida no art. 381, inc. V, do CPP.

A ausência da parte dispositiva gera vício insanável, configurando nulidade absoluta.

Os requisitos ora numerados devem estar presentes em qualquer sentença, independentemente de ser ela condenatória ou absolutória. Porém, sendo a sentença condenatória, deverá obedecer ao disposto no artigo 387 do CPP:

Art. 387. O juiz, ao proferir sentença condenatória:

I - mencionará as circunstâncias agravantes ou atenuantes definidas no Código Penal, e cuja existência reconhecer;

II - mencionará as outras circunstâncias apuradas e tudo o mais que deva ser levado em conta na aplicação da pena, de acordo com o disposto nos arts. 59 e 60 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal;

III - aplicará as penas de acordo com essas conclusões;

IV - fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido;

V - atenderá, quanto à aplicação provisória de interdições de direitos e medidas de segurança, ao disposto no Título XI deste Livro;

VI - determinará se a sentença deverá ser publicada na íntegra ou em resumo e designará o jornal em que será feita a publicação (art. 73, § 1º, do Código Penal).

§ 1º O juiz decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, a imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento de apelação que vier a ser interposta.

§ 2º O tempo de prisão provisória, de prisão administrativa ou de internação, no Brasil ou no estrangeiro, será computado para fins de determinação do regime inicial de pena privativa de liberdade.

Os incisos I, II e III são pertinentes à dosimetria da pena e devem ser analisados juntamente com o artigo 59 e seguintes do Código penal.

Já o inciso IV traz inovação acrescentada pela Lei 11.719/2008 e “[...] que alterou a sistemática brasileira para permitir a cumulação da pretensão acusatória com outra, de natureza indenizatória [...]” (LOPES JR., 2014, p. 1118). Com isso, sem prejuízo do ingresso do ofendido no juízo cível para complementação do valor, poderá o juiz fixar um valor mínimo referente aos danos sofridos pela vítima.

O inciso V estabelece aplicação provisória de interdição de direitos e medidas de segurança, sendo que não mais existem em razão de terem sido revogadas pela Reforma do Código Penal de 1984.

Do mesmo modo, encontra-se revogado o inciso VI, pois não há mais a previsão de publicação da sentença em jornal de grande circulação enunciada no art. 73 do Código Penal antes da Reforma de 1984.

Por fim, cumpre salientar que ao transitar em julgada a sentença condenatória produz efeitos penais e extrapenais.

Os efeitos penais, na lição de NUCCI (2010) e BONFIM (2009) são:

- a) a prolação de sentença condenatória acarreta a preclusão dos vícios existentes na peça acusatória;
- b) a interrupção da fluência do prazo prescricional – art. 117, IV, do CP;
- c) o lançamento do nome do réu no rol de culpados, que somente é possível com o trânsito em julgado da sentença condenatória – princípio da presunção da inocência, eis que revogado o art. 393 do CPP pela Lei nº 12.403/2011;
- d) pode gerar a reincidência;

- e) impossibilidade de concessão de sursis ao condenado reincidente em crime doloso, exceto se a condenação anterior foi apenas em multa (art. 77, I, do CP);
- f) revogação do sursis ao beneficiário condenado, em sentença irrecorrível, por crime doloso (art. 81, I, do CP);
- g) possibilidade de revogação do sursis ao beneficiário que é irrecorrivelmente condenado, por crime culposo ou por contravenção, a pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos (art. 81, § 1º, do CP);
- h) impedir ou ampliar o prazo para concessão do livramento condicional;
- i) revogação do livramento condicional caso o liberado seja condenado, em sentença irrecorrível, a pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos (art. 86)
- j) impedir a concessão ou causar a reconversão das restritivas de direito em privativa de liberdade.

Já os efeitos extrapenais, por sua vez, dividem-se em efeitos genéricos e específicos.

Os efeitos genéricos decorrem automaticamente da sentença e estão no art. 91 do CP, *in verbis*:

Art. 91 - São efeitos da condenação:

I - tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime;

II - a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé:

a) dos instrumentos do crime, desde que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito;

b) do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso.

§ 1º Poderá ser decretada a perda de bens ou valores equivalentes ao produto ou proveito do crime quando estes não forem encontrados ou quando se localizarem no exterior.

§ 2º Na hipótese do § 1º, as medidas assecuratórias previstas na legislação processual poderão abranger bens ou valores equivalentes do investigado ou acusado para posterior decretação de perda.

Os efeitos específicos pressupõem declaração expressa e fundamentada do juiz para sua incidência. Encontram-se arrolados no art. 92 do CP, o qual estabelece:

Art. 92 - São também efeitos da condenação:

I - a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo:

a) quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública;

b) quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a 4 (quatro) anos nos demais casos.

II - a incapacidade para o exercício do pátrio poder, tutela ou curatela, nos crimes dolosos, sujeitos à pena de reclusão, cometidos contra filho, tutelado ou curatelado;

III - a inabilitação para dirigir veículo, quando utilizado como meio para a prática de crime doloso.

Parágrafo único - Os efeitos de que trata este artigo não são automáticos, devendo ser motivadamente declarados na sentença.

Percebe-se, portanto, que além do cumprimento da pena imposta, a sentença condenatória pode gerar outras consequências, segundo enunciado nos art. 91 e 92 do Código Penal.

1.4 SISTEMA TRIFÁSICO

Em relação à fixação da sanção penal, existem dois sistemas: sistema bifásico e sistema trifásico.

A primeira corrente – sistema bifásico – era preconizada por Roberto Lira e defendia que a fixação da pena deveria ocorrer em duas etapas. Na primeira fase, o juiz analisaria as circunstâncias judiciais e legais; na segunda, incidiriam as causas de aumento e de diminuição da pena (SILVA, 2003).

Por sua vez, a segunda corrente era defendida por Nelson Hungria e estabelecia que “[...] o juiz deve fixar a pena-base, atendendo aos critérios estatuídos no art. 59 do Código Penal; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de aumento e de diminuição da pena” (BONFIM, 2009, 465).

A segunda corrente possuía muitos adeptos, sendo que, ao ser realizada a reforma da Parte Geral do Código Penal em 1984, restou expressa a consignação por sua adoção quando da aplicação da pena, devendo ser observado pelo julgador o critério trifásico, segundo se observa no artigo 68 do citado diploma:

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

Parágrafo único - No 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.

Acerca do tema, Nucci (2014, p. 151) preconiza:

A despeito disso, como já ressaltado, prevaleceu o critério proposto por HUNGRIA, aliás, o mais detalhado para as partes conhecerem exatamente o pensamento do juiz no momento de aplicar a pena. Havendo a separação em três fases distintas, com a necessária fundamentação para cada uma delas, torna-se mais clara a fixação da sanção penal.

Destaca, no mesmo sentido, SILVA (2003, p. 238) que “[...] não pode o juiz em única operação fixar a pena. Há necessidade de que observe o critério trifásico, com fundamentação da pena em cada uma das etapas, demonstrando justificadamente o porquê da fixação daquele *quantum* em cada uma das operações”. Alerta o citado doutrinador que a inobservância do sistema trifásico gera a nulidade da sentença, segundo entendimento da jurisprudência brasileira.

Assim, em cada uma das etapas é necessária a fundamentação do *quantum* utilizado, bem como a obediência rigorosa da sequência determinada pela lei.

2 FASES DA APLICAÇÃO DA PENA

O critério de aplicação da pena adotado pelo Código Penal brasileiro é o trifásico, de Nelson Hungria, consagrado no art. 68 do Código Penal. Ou seja, são três as fases para o protocolo de definição da pena.

Assim, na primeira fase são consideradas as circunstâncias judiciais; na segunda fase serão observadas as agravantes e atenuantes e, na última fase, as causas de aumento e de diminuição da pena.

Visando compreender cada fase, passa-se a discorrer cada uma, permitindo melhor compreensão do seu alcance.

2.1 PRIMEIRA FASE – CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS

As circunstâncias judiciais do agente a serem analisadas na primeira fase da dosimetria da pena vêm elencadas no artigo 59 do Código Penal, *in verbis*:

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

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.

Assim, são oito circunstâncias e possuem previsão taxativa, as quais devem ser analisadas individual e simultaneamente para se chegar à pena base.

Da análise do artigo 59, fixa-se a pena-base, que não é sinônimo de pena mínima em abstrato, mas sim pena mínima após o exame do artigo 59.

Dessa forma, segundo Capez (2011) e Estefam (2012), as consequências do artigo 59 de significativa importância, e que vêm elencadas em seus incisos I a IV, são: escolha da espécie de pena, estabelece a pena-base, determinam o regime inicial, indicam se é cabível a substituição da pena privativa de liberdade por outro tipo de pena, quando a lei permitir.

Passa-se, então, a análise de cada circunstância exigida pelo mencionado dispositivo.

2.1.1 Culpabilidade

É um critério genérico, porém não se confunde com a culpabilidade que se apresenta como pressuposto de aplicação da pena.

Diz respeito à maior ou menor reprovabilidade, à censurabilidade da conduta do agente:

A circunstância em questão se revela como sendo um juízo de reprovação que recai sobre o agente imputável que praticou o fato ilícito de forma consciente, cuja conduta podia não praticá-la ou evitá-la, se quisesse, desde que tivesse atendido aos apelos da norma penal (SCHMITT, 2014, p. 114).

É o “poder de agir de outro modo”, teoria elaborada por Wezel para delimitar o conteúdo da culpabilidade. Trata-se de elemento referente ao agente apenas, à censurabilidade de sua conduta, segundo lição de SCHMITT (2014, p. 113):

Temos presente que a imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa são elementos do crime em si, não podendo ser confundidos com a culpabilidade prevista no artigo 59 do Código Penal, a qual se refere exclusivamente ao agente, dizendo respeito à censurabilidade, que nada mais é do que a reprovabilidade de sua conduta.

Conclui-se que se trata de um *plus* na reprovabilidade da conduta do agente.

Assim, “quanto mais reprovável a conduta, maior será a exasperação da pena na primeira etapa do processo de dosimetria, ao tempo em que quanto menos reprovável a conduta, a pena mais se aproximará do mínimo legal previsto em abstrato pelo tipo” (SCHMITT, 2014, p. 114).

2.1.2 Antecedentes

São os fatos anteriores à prática do crime, sejam eles bons ou maus, fatos da vida pregressa do agente.

Não se confunde com a reincidência, que configura agravante genérica. Podem ser considerados como antecedentes aqueles casos que não se enquadram como reincidência, dispostos nos artigos 62 e 64 do Código Penal.

Sobre o tema, a Súmula 241 do STJ assim dispõe: “A reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial”.

Elucida Schmitt (2014, p. 117) que

A valoração negativa da circunstância judicial dos antecedentes implica em afirmar que a condenação anterior não cumpriu seu papel reabilitador frente ao agente, o que conduz a necessidade de exasperação da pena do mínimo legal previsto em abstrato, desde que não incida ao mesmo tempo em reincidência (Súmula 241 do STJ).

Estefam (2012, p. 423) atenta que em caso de anterior condenação por contravenção penal, esta será considerada mau antecedentes, e não reincidência.

Oportuno destacar que há uma discussão sobre o que configuraria antecedentes, se estariam ou não incluídos os inquéritos policiais e as ações penais em andamento.

2.1.3 Conduta Social

Refere-se a conduta do agente dentro da sociedade, seja no âmbito profissional, familiar ou qualquer outra atividade.

Acerca da diferença entre antecedentes e conduta social, aduz Capez (2011, p. 482) que aqueles “[...] se restringem aos envolvimento criminais do agente, a conduta social tem um alcance mais amplo, referindo-se às suas atividades relativas ao trabalho, seu relacionamento familiar e social e qualquer outra forma de comportamento dentro da sociedade”. Ou seja, a conduta social tem caráter comportamental, enquanto os antecedentes e a reincidência dizem respeito a prática de um delito e que mereceu uma ação do Estado.

De igual forma, os inquéritos policiais e ações penais em andamento não configuram má conduta social, consoante entendimento do STJ firmado na Súmula 444, enfatizando o cumprimento do princípio da desconsideração prévia da culpabilidade.

Na prática, segundo ponderação de Estefam (2012), o juiz apenas realiza um questionário, que é respondido pelo próprio acusado.

Aponta Schmitt (2014) que essa circunstância judicial pode ser valorada como: boa, positiva ou favorável; neutra; negativa ou desfavorável, sendo que a prova, conforme colocação de Nucci (2014), pode ser realizada pelos meios legalmente admitidos, em especial pela prova testemunhal.

2.1.4 Personalidade

É a índole do sujeito, o perfil psicológico e moral.

Para Schmitt (2014, p. 130)

[...] Trata-se de circunstância afeta muito mais aos ramos da psicologia, da psiquiatria, da biologia, do que a ciência do direito, uma vez que devemos mergulhar no interior do agente em busca de avaliar sua maneira de ser, de agir, de viver, de se apresentar ao mundo exterior.

São os valores do agente, seus interesses e o modo pelo qual os alcança.

No caso dos crimes disciplinados pela Lei 11.343/2006, é considerada como circunstância preponderante sobre as demais, conforme preceitua o artigo 42 do referido diploma legal.

Contudo, existem críticas acerca desse elemento, haja vista se tratar de tema afeto ao ramo da psicologia e da psiquiatria, e não do direito, o que dificultaria seu emprego pelo aplicador do direito.

2.1.5 Motivos

São as razões subjetivas, os precedentes psicológicos que constituíram a origem propulsora da vontade criminosa (causa). Pode ser considerada ainda como o escopo, a finalidade. Na lição de Schmitt (2014, p. 133)

Nada mais é do que o “porquê” da ação delituosa. São as razões que moveram o agente a cometer o crime. Estão ligados à causa que motivou a conduta. Todo crime possui um motivo. É o fator íntimo que desencadeia a ação criminosa (honra, moral, inveja, cobiça, futilidade, torpeza, amor, luxúria, malvadez, gratidão, prepotência etc).

Aqui é necessário descobrir se a motivação no agir do agente merece maior ou menor reprovação, pois influirá na dosagem da pena.

Elucida Nucci (2014, p. 183-184) que o motivo do crime não se confunde com o elemento subjetivo do crime, pois

[...] Dolo é a vontade consciente de realizar a conduta típica (com ou sem conhecimento potencial da ilicitude, conforme a teoria que se queira adotar). Culpa é a vontade consciente de desenvolver comportamento arriscado, infringente do dever de cuidado objetivo, passível de gerar um resultado danoso involuntário, embora previsível, que podia e devia ter sido evitado. De toda forma, não há relação com a motivação do crime. Dolo é o elemento psíquico que leva o agente a concretizar a figura típica, independente da valoração que isso possa merecer no tocante à sua origem. Culpa, de análise mais intrincada, pois conta com fatores normativos, não deixa de ser igualmente o móvel da conduta que deu causa ao preenchimento do tipo penal. Ambos – dolo e culpa – são motivos em preto e branco, enquanto a razão de ser, a causa, o fundamento e a finalidade do crime constituem o motivo colorido, em seus vários matizes psíquicos, próprios da riqueza de pensamentos do ser humano.

Importante observar que somente o motivo não previsto no próprio tipo penal deve ser considerado – aquele que não for inerente ao dispositivo legal, a fim de se evitar o *bis in idem*:

Deve ser valorado tão somente o motivo que extrapole o previsto no próprio tipo penal, sob pena de incorrerem em *bis in idem*. O motivo da infração, assim como as demais circunstâncias judiciais, não pode ser valorado negativamente quando integrar a definição típica, nem quando caracterizar circunstância atenuante ou agravante, além de causa especial de diminuição ou aumento de pena (SCHMITT, 2014, p. 134).

No entanto, é possível que um crime tenha dois ou mais motivos. Nesses casos, um dos motivos poderá qualificar o delito e os demais servirão para elevar a pena.

2.1.6 Circunstâncias do crime

Refere-se à atitude do acusado, ao local do crime, à duração do tempo do delito. Ou seja, alude “[...] o dispositivo à maior ou menor gravidade do delito em razão do *modus operandi* no que diz respeito aos instrumentos do crime, tempo de sua duração, forma de abordagem, comportamento do acusado em relação às vítimas, local da infração etc [...]” (ESTEFAM, p. 424).

São elementos que não integram a estrutura do tipo. Podem ser legais, previstas em lei, ou judiciais, quando resultantes da análise do magistrado. Assim, não configurando qualificadora ou privilégio, agravante ou atenuante, causa de aumento ou de diminuição, poderá ser utilizada como circunstância judicial. Trata-se, portanto, de elemento residual. Sobre o tema, imperioso transcrever a lição de Nucci (2014, p. 188-189):

São elementos acidentais não participantes da estrutura do tipo, embora envolvendo o delito. Quando expressamente gravadas na lei, as circunstâncias são chamadas de *legais* (agravantes e atenuantes, por exemplo). Quando genericamente previstas, devendo ser formadas pela análise e pelo discernimento do juiz, são chamadas de *judiciais*. Um crime pode ser praticado, por exemplo, em local ermo para dificultar a sua descoberta e a apuração do culpado. Constituindo circunstância gravosa. Trata-se de elemento residual, ou seja, quando não prevista a circunstância como qualificadora/causa de aumento ou privilégio/causa de diminuição, pode o juiz considerá-la como circunstância judicial.

As circunstâncias do fato criminoso podem ter caráter objetivo ou subjetivo, não podendo estar inscritas no tipo específico.

2.1.7 Consequências do crime

São as consequências que não estão previstas no fato típico. “Dizem respeito à extensão do dano produzido pelo delito, desde que não constituam circunstâncias legais [...]” (CAPEZ, 2011, p. 483). Nas palavras de Nucci (2014, p. 190), é o “mal causado pelo crime, que transcende o resultado típico, é a consequência a ser considerada para a fixação da pena”.

Assim, não pode haver dupla punição pelo mesmo fato, sob pena de *bis in idem*.

É pertinente a maior ou menor intensidade da lesão ao bem jurídico, bem como às sequelas deixadas na vítima. Explica Schmitt (2014, p. 138):

As consequências causadas pela infração penal (danos) podem ser de cunho material ou moral. Será material quando causar diminuição no patrimônio da vítima, sendo suscetível de avaliação econômica. O dano moral implicará dor, abrangendo tanto os sofrimentos físicos quanto os morais.

Alerta Schmitt (2014, p. 138) que no tangente “[...] aos crimes de perigo, o exame das conseqüências deverá ser feito a partir da intensidade do perigo de dano”.

O juiz deve fundamentar as conseqüências em fatos concretos e provados, e não em fatos presumidos.

2.1.8 Comportamento da vítima

Não existe no Direito Penal compensação de culpa (isenção de pena). No entanto, o comportamento da vítima deve ser levado em consideração para a fixação da pena, podendo abrandar a pena do agente. Assim, “se o juiz verificar que o comportamento da vítima de alguma maneira **estimulou** a prática do crime **ou influenciou negativamente** o agente, deve levar em conta tal circunstância para que a pena seja reduzida” (ESTEFAM, 2012, p. 424).

Tamanho a importância do comportamento da vítima que um ramo da criminologia, hoje considerada por muitos como ciência autônoma, chamado de vitimologia estuda a vítima e suas peculiaridades, a contribuição do sujeito passivo na responsabilidade do autor.

Destaca Capez (2011, p. 483) que “há, inclusive, estudos de vitimologia a demonstrar que as vítimas muitas vezes contribuem para a eclosão do ato criminoso [...]”, e acrescenta o autor que “[...] tais comportamentos, embora não justifiquem a prática da conduta criminoso, diminuem a censurabilidade da conduta do autor do delito” (2011, p. 483).

Sobre o tema, pontua Schmitt (2014, p. 139) que “[...] é a necessidade de aferição se em algum momento a vítima facilitou ou provocou a prática do ilícito. Esta circunstância judicial reafirma a crescente importância da vitimologia no Direito Penal atual”.

Necessário transcrever a lição de Nucci ao exemplificar tal circunstância judicial:

São exemplos de comportamento da vítima a considerar na fixação da pena: o exibicionista atrai crimes contra o patrimônio; o mundano, delitos sexuais; o velhaco, que gosta de viver levando vantagem, atrai o estelionato; o agressivo, o homicídio e as lesões corporais, e assim sucessivamente. Não se quer dizer que a pessoa de hábitos mundanos, por exemplo, vítima de crime sexual, não esteja protegida pela lei penal, nem

mesmo que o agente deva ser absolvido, porém é óbvio que, nesse caso, a pena do autor da infração penal não deve ser especialmente agravada. Diferentemente, quando se tratar de pessoa recatada e tímida, colhida em seu recanto doméstico por um agressor sexual, é natural que a pena seja exasperada, pois a vítima não deu, de modo algum, margem ao ataque sofrido (2014, p. 191-192).

Desta feita, necessário perquirir se com sua atuação a vítima contribuiu para o delito, pois “quando a vítima instiga, provoca, desafia ou facilita a conduta delitiva do agente, diz-se, portanto, que a oitava circunstância judicial é favorável ao acusado [...]” (SCHMITT, 2014, p. 2014).

Acerca do grau de culpabilidade que a vítima apresenta no contexto do crime, Nucci (2014), trazendo classificação de Antonio Beristain, traz a seguinte classificação: vítima completamente inculpável – vítima ideal; vítima parcialmente culpável; vítima completamente culpável.

Assim, deve-se analisar o comportamento da vítima antes ou durante o crime para avaliação dessa circunstância.

2.2 SEGUNDA FASE – CIRCUNSTÂNCIAS AGRAVANTES E ATENUANTES

As circunstâncias agravantes são descritas nos artigos 61 e 62 do Código Penal. Representam rol taxativo pelo princípio da reserva legal (princípio da legalidade), enquanto as questões atenuantes são abordadas no artigo do mesmo diploma, sendo exemplificativo, em razão do prescrito no artigo 66 do Código Penal (atenuante inominada).

2.2.1 Circunstâncias agravantes

As circunstâncias agravantes vêm elencadas no artigo 61 e 62. São elas:

- a) Reincidência.
- b) Motivo fútil.
- c) Motivo torpe.
- d) Facilitação ou assecuração da execução, ocultação, impunidade ou vantagem de outro crime.
- e) Traição, emboscada, dissimulação, ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido.

- f) Emprego de veneno, fogo, explosivo, tortura ou outro meio insidioso ou cruel ou de que pode resultar perigo comum.
- g) Ofendido ascendente, descendente, irmão ou cônjuge.
- h) Abuso de autoridade ou prevalência de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, ou com violência contra a mulher na forma da lei específica.
- i) Abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão.
- j) Ofendido criança, maior de 60 anos, enfermo ou mulher grávida;
- k) Ofendido sob imediata proteção da autoridade.
- l) Ocasão de incêndio, naufrágio, inundação ou qualquer calamidade pública ou desgraça particular do ofendido.
- m) Embriaguez preordenada.

O artigo 62 traz as agravantes em crimes envolvendo vários autores, quais sejam:

- a) Promover ou organizar a cooperação no crime.
- b) Dirigir a atividade dos demais.
- c) Coagir ou induzir outrem à execução material do crime.
- d) Instigar ou determinar a cometer crime alguém que esteja sob sua autoridade ou não seja punível em virtude de condição ou qualidade pessoal.
- e) Executar o crime ou dele participar em razão de paga ou promessa de recompensa.

As circunstâncias agravantes não podem ser desconsideradas pelo magistrado, pois sempre agravam a pena. Por estarem elencadas de forma taxativa, caso não previstas nos artigos acima mencionados, a depender do caso concreto, podem ser consideradas como circunstância judicial.

2.2.1 Circunstâncias atenuantes

As circunstâncias atenuantes são de aplicação obrigatória, no entanto, não podem, em hipótese alguma, reduzir a pena a quem do mínimo legal, conforme determinação da Súmula 231 do STJ.

São elas:

- a) ser o agente menor de 21 (vinte e um), na data do fato, ou maior de 70 (setenta) anos, na data da sentença.
- b) o desconhecimento da lei;
- c) ter o agente cometido o crime por motivo de relevante valor social ou moral;
- d) ter o agente 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;
- e) ter o agente cometido o crime sob coação a que podia resistir, ou em cumprimento de ordem de autoridade superior, ou sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima;
- f) ter o agente confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime;
- g) ter o agente cometido o crime sob a influência de multidão em tumulto, se não o provocou.

O rol não é taxativo, eis que o artigo 66 do Código Penal prescreve que outras poderão ser levadas em conta, apesar de não previstas em lei.

2.3 TERCEIRA FASE – CAUSAS DE AUMENTO E DE DIMINUIÇÃO

São consideradas na última fase da fixação da reprimenda e vêm dispostas na parte geral, chamadas de causas de aumento e de diminuição genéricas, ou na parte especial do Código Penal, chamadas de especiais ou específicas. Expõe Schmitt (2014, p. 249):

As causas de diminuição e de aumento de pena encontram previsão legal em ambas as partes do Código Penal, sendo que as encartadas na parte geral se aplicam para todos e quaisquer crimes, inclusive aos tipificados em leis penais extravagantes, enquanto que as previstas na parte especial se aplicam tão somente aos delitos que a integram, ou seja, ao próprio tipo a que se referem.

Pode se dizer que “identifica-se uma causa de aumento quando a lei se utiliza de índice de soma ou de multiplicação a ser aplicado sobre o montante da pena estabelecido na fase anterior” (ESTEFAM, 2012, p. 442). Estefam (2012, p. 442) elenca alguns exemplos:

- a)** no caso do concurso formal, a lei diz que a pena é aumentada de 1/6 até 1/2 (art. 70);
- b)** no crime continuado, a pena é exasperada de 1/6 a 2/3 (art. 71);
- c)** no homicídio e nas lesões corporais dolosas, a pena é aumentada em 1/3, se a vítima é menor de 14 ou maior de 60 anos (arts. 121, § 4º, e 129, § 7º);
- d)** no crime de aborto, a pena é aumentada em 1/2, se a gestante sofre lesão grave, e é aplicada em dobro, se ela morre (art. 127);
- e)** no constrangimento ilegal, a pena é aplicada em dobro, se para a execução do delito se reúnem mais de três pessoas ou há emprego de armas (art. 146, § 1º);
- f)** no furto, a pena é aumentada em 1/3, se o delito é cometido durante o repouso noturno (art. 155, § 1º);
- g)** nos crimes contra a dignidade sexual (estupro, por exemplo), a pena é aumentada em 1/2, se o agente é ascendente, padrasto ou madrasta, tio, irmão, cônjuge ou companheiro, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima, ou se, por qualquer outro título, tem autoridade sobre ela (art. 226, II);
- h)** nos crimes praticados por funcionário público contra a administração em geral, a pena é exasperada em 1/3, se o réu exerce cargo de direção, assessoramento ou em comissão (art. 327, § 2º).

Para Nucci (2014), o concurso formal não é uma causa de aumento propriamente dita, mas sim um benefício, eis que deixa de somar as penas relativas aos delitos para aplicar a mais grave, ou uma delas se iguais, acrescida de um sexto até metade. O doutrinador chama de causa de aumento imprópria. Idêntico raciocínio é feito com relação ao crime continuado. No mesmo sentido, Schmitt (2014).

Já as causas de diminuição caracterizam-se pela utilização de um índice de redução, como por exemplo

- a)** nos crimes tentados, a pena será reduzida de 1/3 a 2/3 (art. 14, parágrafo único);
- b)** nos casos de arrependimento posterior, a pena também será reduzida de 1/3 a 2/3 (art. 16 do CP);
- c)** no homicídio privilegiado, a pena é diminuída de 1/6 a 2/3 (art. 121, § 1º, do CP);
- d)** nos crimes de tráfico de drogas, a pena é reduzida de 1/6 a 2/3, se o réu é primário, de bons antecedentes, não se dedica a atividades criminosas nem integra organização dessa natureza (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006) (ESTEFAM, 2012, p. 442).

Cumprido consignar que para Schmitt (2014, p. 250) são poucas as causas de aumento e de diminuição previstas na parte geral, assim estabelecendo: “[...] na parte geral se tornam reduzidas, podendo-se esgotá-las facilmente: 1) causas de diminuição de pena: artigos 14, II e parágrafo único; 16; 21, parte final; 24, § 2º; 26,

parágrafo único; 28, § 2º e 29, § 1º; 2) causa de aumento de pena: artigo 29, § 2º, parte final”.

No mais, registra-se que não se pode confundir as causas de aumento de pena com as qualificadoras, já que estas “[...] alteram a própria pena em abstrato prevista ao delito, dando-lhe maior importância, maior gravidade e relevo” (SCHMITT, 2014, p. 250).

Nas circunstâncias de aumento e de diminuição, a pena resultante da terceira fase pode sim ficar acima do máximo ou abaixo do mínimo abstratamente previsto pelo tipo penal.

Após a análise das causas de aumento e de diminuição, obtém-se a pena definitiva, exceto em caso de concurso de crimes.

3 CONTROVÉRSIAS NA APLICAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS

As circunstâncias judiciais decorrem da avaliação do juiz, eis que não possuem expressa definição legal, o que gera algumas significativas controvérsias.

Nessa linha de pensamento, passamos a delinear sobre as circunstâncias judiciais que apresentam controvérsias em sua aplicação, analisando-as pormenorizadamente, enfatizando o entendimento da doutrina e dos tribunais superiores.

3.1 CULPABILIDADE

A culpabilidade não possui um significado claro, nem tem delimitado seu alcance, o que torna complicada sua aplicação. Por isso, são “[...] feitas muitas críticas à inclusão da culpabilidade como circunstância judicial, com o argumento de que se trata de conceito ambíguo, de difícil definição [...]” (ESTEFAM, 2012, p. 422).

A culpabilidade como circunstância judicial não se confunde com a culpabilidade que se configura como pressuposto de aplicação da pena. Assim, é analisada sob o prisma da reprovabilidade diante de dados concretos que estejam no procedimento de apuração do fato criminoso.

É, portanto, a reprovação social que o crime e o autor merecem. Ou seja, a reprovabilidade da conduta.

Dolo e culpa integram o fato típico, mas deve se valorar o grau de culpa e de dolo para a dosagem da pena. Elucida Capez (2011, p. 478):

No entanto, o grau de culpa e a intensidade do dolo importam na quantidade de pena que será atribuída ao acusado. Em outras palavras, todos que agem com dolo ou culpa cometem crime doloso ou culposo, mas, dependendo da intensidade dessa culpa ou desse dolo, a pena será mais ou menos branda.

Sintetiza Schmitt (2014, p. 115): “o que temos é a necessidade de se valorar o grau de dolo ou de culpa que foge ao simples alcance do tipo penal, ou melhor, que extrapolem o limite da intenção ou da previsibilidade”.

Analisando lições de Choclán Montalvo e Bacigalupo, que questionam a utilização da culpabilidade com caráter retributivo, e não preventivo, na sanção penal, inviabilizando sua utilização como critério de fixação da pena, Nucci (2014)

conclui como sendo a culpabilidade critério definidor do delido, porém expõe a dificuldade de sua aplicação:

Tarefa fácil certamente não é, exigindo do magistrado dedicação, colheita minuciosa da prova, voltando-se aos dados componentes da vida e da situação pessoal do acusado, acolhendo, de forma aberta e interessada, a prova trazida pelas partes, sem desdenhar da importância da discricionariedade, embora juridicamente vinculada, que lhe foi conferida pelo legislador. A medida da culpabilidade implica em um juízo de valoração objetivo-subjetivo, ou seja, ainda que calcado em elementos palpáveis, constantes dos autos, não deixa de resultar de apreciação pessoal do julgador, conforme sua sensibilidade, experiência de vida, conhecimento e cultura, bem como intuição, que também integra o processo de conhecimento e descoberta de dados na avaliação da prova (NUCCI, 2014, p. 159).

Desta feita,

todas as condições pessoais do agente, a avaliação dos atos exteriores da conduta, do fim almejado e dos conflitos internos do réu, de acordo com a consciência valorativa e os conceitos éticos e morais da coletividade, são considerados pelo juiz, ao fixar essa circunstância judicial (CAPEZ, 2011, p. 478).

Não podem ser consideradas na aplicação da pena as elementares comuns ao próprio tipo penal. Igualmente, não poderão ser considerados quando da individualização da pena:

- a) a ciência da ilicitude do fato, afirmada para compor o elemento subjetivo do tipo (STF, HC 76851/RS);
- b) a qualidade de funcionário público em crimes funcionais;
- c) a ciência da falsidade dos documentos em crime de uso de documento falso;
- d) a corrupção de servidor público, a fiscalização forjada e a omissão de prática de ato de ofício em crime de corrupção passiva e ativa;
- e) a função pública exercida pelo agente em crime de facilitação de contrabando ou descaminho;
- f) a ofensa à moralidade pública em crime próprio de prefeito, etc. (SCHMITT, 2014, p. 115).

Na seara jurisprudencial o tema é aplicado conforme apontado pela doutrina, como se pode perceber no HC 244243/MT do STJ:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT. CRIME DE HOMICÍDIO QUALIFICADO. DOSIMETRIA. DOSIMETRIA DA PENA. CULPABILIDADE E CONSEQUÊNCIAS DO DELITO. VALORAÇÃO DESFAVORÁVEL. FUNDAMENTAÇÃO VÁLIDA E CONCRETA. QUANTUM. DESPROPORCIONALIDADE NÃO EVIDENCIADA. REFLEXO

NAS DEMAIS FASES DA APLICAÇÃO DA PENA. NÃO OCORRÊNCIA. ADOÇÃO DE CRITÉRIO DIVERSO DO FRACIONÁRIO. LEGALIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o writ em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia.

2. Mostra-se legítimo o aumento da pena-base, pelas circunstâncias judiciais da culpabilidade e das consequências do delito, na medida em que fundamentadas em elementos que extrapolam os inerentes ao tipo penal imputado, demonstrando, assim, especial reprovabilidade da conduta e justificando validamente o aumento da pena-base.

3. Apenas majorações claramente desproporcionais ou não fundamentadas permitem revisão de legalidade na via do habeas corpus.

4. O aumento adotado pelas instâncias ordinárias, equivalente a 6 (seis) anos de reclusão, não se revela manifestamente desproporcional ou ilegal, pela justificação casuística, sobretudo considerando-se a variação legalmente cominada para o art. 121, § 2.º, I e IV, do Código Penal, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.

5. O cálculo do aumento ou redução por circunstância legalmente estabelecida em patamar variável, em qualquer das etapas da dosimetria da pena, pode dar-se pela fixação de período certo de tempo (em anos, meses ou dias), ou por critério de fração proporcional (em fração ou porcentagem).

6. Habeas corpus não conhecido. (STJ, HC 244243/MT, Sexta Turma, rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 27.06.14).

No julgamento do Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 120145, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal salientou a reprovabilidade da conduta e as circunstâncias do delito ao destacar que o condenado dirigia a embarcação sem habilitação, em alta velocidade e realizando manobras perigosas próximas da faixa de areia e dos banhistas, além de ter levado a vítima em sua embarcação, deixando-a alguns metros do local do delito:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO CULPOSO AGRAVADO POR OMISSÃO DE SOCORRO (ART. 121, § 3º E § 4º, DO CÓDIGO PENAL). REDISCUSSÃO DE CRITÉRIOS DE DOSIMETRIA DA PENA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. ALEGAÇÃO DE INOBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. INOCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE APRECIÇÃO DA MATÉRIA SUSCITADA PELA CORTE SUPERIOR. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REGIME INICIAL SEMIABERTO (ART. 33, § 2º, ALÍNEA B, DO CP). CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. IMPOSIÇÃO DE REGIME MAIS GRAVOSO. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. A dosimetria da pena, bem como os critérios subjetivos considerados pelos órgãos inferiores para a sua realização, não são passíveis de aferição na via estreita do habeas corpus, por demandar minucioso exame fático e probatório inerente a meio processual diverso. Precedentes: HC 97058, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 01/03/2011; HC 94073, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 09/11/2010. 2. O regime inicial de cumprimento da pena não resulta tão-somente de seu quantum, mas, também, das circunstâncias judiciais elencadas no artigo 59 do Código

Penal, a que faz remissão o artigo 33, § 3º, do mesmo diploma legal. Destarte, não obstante a pena fixada em quantidade que permite o início de seu cumprimento em regime semiaberto, nada impede que o juiz, à luz do artigo 59 do Código Penal, imponha regime mais gravoso. Precedentes: HC 104.827, Primeira Turma, Relator o Ministro Luiz Fux, DJe de 06.02.13; HC 111.365, Primeira Turma, Relator o Ministro Luiz Fux, DJe de 19.03.13; ARE 675.214-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJe de 25.02.13; HC 113.880, Segunda Turma, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJe de 17.12.12; HC 112.351, Segunda Turma, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJe de 08.11.12; RHC 114.742, Primeira Turma, Relator o Ministro Dias Toffoli, DJe de 08.11.12; HC 108.390, Primeira Turma, Relatora a Ministra Rosa Weber, DJe de 07.11.12. 3. In casu, a) O agravante/paciente foi condenado à pena de 4 (quatro) anos de detenção, em regime inicial semiaberto, pela prática do crime de homicídio culposo tipificado no art. 121, § 3º, do Código Penal, com a causa de aumento do § 4º do mesmo preceito (omissão de socorro), pois conduzia uma embarcação com motor de popa, sem possuir habilitação e de forma manifestamente imprudente, em razão da alta velocidade e das manobras perigosas que realizava próximo à faixa de areia e dos banhistas, quando, com a embarcação, atingiu a cabeça da vítima, produzindo-lhe ferimentos. O paciente, então, colocou a vítima dentro da embarcação, afastou-se um pouco do local e jogou-a dentro da água. A vítima faleceu em virtude dos ferimentos e da ausência de socorro. b) Conforme destacado na sentença condenatória, “as circunstâncias e as consequências do delito autorizam a fixação da pena base maior do que o patamar mínimo, pois acusado dirigia, sem habitação, uma embarcação nas proximidades de uma praia na qual estavam presentes inúmeros banhistas. Ademais, além de não ter socorrido a vítima, tem-se como provado que o réu conduziu-a em sua embarcação e, posteriormente, lançou-a ao mar novamente”. c) O regime inicial semiaberto para cumprimento da pena foi fixado em razão das circunstâncias judiciais desfavoráveis reconhecidas na sentença condenatória, bem como foi vedada a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, em razão da “extrema culpabilidade e personalidade deformada do réu”, que não indicaram que a substituição seria suficiente, no termos do art. 44, III, do Código Penal. 4. O conhecimento do habeas corpus por esta Corte, sem a apreciação da matéria pelas instâncias antecedentes, implica indevida supressão de instância, e, por conseguinte, violação às regras constitucionais definidoras da competência dos tribunais superiores, consoante pacífica jurisprudência desta Corte. Precedentes. 5. Agravo regimental desprovido. (STF, HC 120145 AgR / SP, Primeira Turma, rel. Min. Luiz Fux, j. 13.05.14).

Portanto, a culpabilidade deve ser baseada em elementos concretos, extrapolando aqueles inerentes ao tipo penal imputado, haja vista ser um *plus* de reprovabilidade da conduta do agente.

3.2 ANTECEDENTES

Trata-se da vida pregressa do agente em matéria penal. Nas palavras de Nucci (2014, p. 165), “trata-se de tudo o que ocorreu, no campo penal, ao agente antes da prática do fato criminoso”.

Não se refere à conduta do réu em seu relacionamento familiar, no trabalho e nas demais áreas de sua vida. Isso configura a conduta do social, que, em síntese, “é o papel do réu na comunidade, inserido no contexto da família, do trabalho, da escola, da vizinhança, dentre outros” (NUCCI, 2014, p. 165).

Porém, há dúvida em sua aplicação, pois se discute o que configuraria maus antecedentes.

Para alguns doutrinadores, como Roberto Lyra e Luiz Vicente Cernicchiaro, segundo aponta Nucci (2014), processos em andamento, os concluídos com absolvição, principalmente por falta de prova, e os registros policiais podem caracterizar a circunstância judicial em análise, elevando a pena-base.

Para o Supremo Tribunal Federal (STF), os inquéritos policiais e ações penais em andamento configuravam maus antecedentes, desde que devidamente fundamentado. Atualmente o tema está sendo discutido no Recurso Extraordinário nº 591.054, encontrando-se divididas as opiniões dentro do Supremo.

O relator do mencionado recurso, Ministro Marco Aurélio defende que somente podem ser valoradas como maus antecedentes decisões condenatórias irrecorríveis, sendo impossível considerar para tanto investigações preliminares ou processos criminais em andamento, mesmo que estejam em fase recursal. O Ministro ainda destacou que diversos tribunais e organismos internacionais, entre os quais a Corte Interamericana de Direitos Humanos, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e o Comitê de Direitos Humanos a Organização das Nações Unidas, inclusive o Superior Tribunal de Justiça (STJ), possuem entendimentos semelhantes. No mesmo sentido, os Ministros, Luís Roberto Barroso, Teori Zavascki e Gilmar Mendes.

Contudo, o ministro Ricardo Lewandowski divergiu, entendendo que o artigo 59 do Código Penal compreende diversos aspectos que devem ser considerados pelos juízes para dosar a pena, entre os quais a culpabilidade, os antecedentes, a conduta pessoal e a personalidade do sentenciado, de maneira a ser suficiente para a reprovação e prevenção do crime. Acompanharam o entendimento as Ministras Rosa Weber e Carmen Lúcia, e o Ministro Luiz Fux.

Em contrapartida, autores como Nucci (2014), Schmitt (2014), Capez (2011), Estefam (2012), entendem que apenas se enquadra como antecedentes a sentença penal condenatória transitado em julgado que não configura reincidência.

A Súmula 444 do Superior Tribunal de Justiça (STJ) veda a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base.

Expondo o entendimento supra mencionado, decidiu o STJ no HC 121668/MS que a certidão de antecedentes deve trazer a informação sobre o trânsito em julgado da sentença condenatória anterior, pois não será considerada como maus antecedentes, nem mesmo conduta social negativa ou personalidade deturpada, voltada para o crime:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESVIRTUAMENTO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI N. 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. MAUS ANTECEDENTES. PROCESSO EM ANDAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 444/STJ. TRÁFICO ENVOLVENDO ADOLESCENTE. BIS IN IDEM. PENA-BASE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

1. O Superior Tribunal de Justiça, alinhando-se à nova jurisprudência da Corte Suprema, também passou a restringir as hipóteses de cabimento do habeas corpus, não admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição ao recurso em ação cabível, salvo nas hipóteses de flagrante ilegalidade, abuso de poder ou teratologia jurídica.

2. Consoante o entendimento consolidado neste Superior Tribunal, inquéritos policiais, ações penais em andamento ou mesmo condenações ainda não transitadas em julgado não podem ser sopesados a título de maus antecedentes, má conduta social ou personalidade desajustada, sob pena de violação do princípio constitucional da presunção de não culpabilidade.

3. Há constrangimento ilegal quando verificado que o Tribunal de origem negou a aplicação da minorante prevista no artigo 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 também pelo fato de o acusado ter vendido droga para um adolescente, visto que tal fundamento não se encontra elencado entre os 4 requisitos taxativamente previstos na lei que afastam a incidência do redutor em questão, quais sejam, a não primariedade, a reincidência, a dedicação a atividades delituosas e a integração em organização criminosa.

4. Afastados os fundamentos utilizados para negar ao paciente a aplicação da minorante prevista no artigo 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, devem os autos ser remetidos ao Tribunal de origem para que analise o preenchimento dos demais requisitos necessários ao reconhecimento da benesse em questão.

5. Mostra-se inviável a análise, diretamente por este Superior Tribunal, da pretendida redução da pena-base ao mínimo legal, quando verificado que essa matéria não foi analisada pelo Tribunal de origem, sob pena de incidir-se na indevida supressão de instância.

6. Ordem não conhecida. Habeas corpus concedido, de ofício, para afastar os fundamentos utilizados pelo Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul para negar a incidência da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, determinando a esse Tribunal que analise eventual preenchimento dos demais requisitos necessários ao reconhecimento da benesse em comento. (STJ, HC 121668 / MS, Sexta Turma, rel. Min. ROGERIO SCHIETTI CRUZ, j. 22.10.13).

Oportuno registrar que a transação penal estatuída pela Lei nº 9.099/95 consagra em seu artigo 76, parágrafos 4º e 6º, que não gera antecedente criminal, ante seu caráter condenatório impróprio, sendo registrada apenas para impedir o benefício no prazo de cinco anos.

O mesmo se diga com relação ao instituto da suspensão condicional do processo, o qual não configura maus antecedentes, mesmo durante o período de prova.

Sobre o tema, deve se colacionar lição de Schmitt acerca da transação penal e da suspensão condicional do processo:

Seguindo o mesmo raciocínio, como garantia do princípio constitucional da presunção da inocência, não constitui antecedente criminal a aceitação com posterior homologação da proposta de suspensão condicional do processo estatuída pelo artigo 89 da Lei nº 9099/95, frente à inexistência de sentença penal condenatória transitada em julgado, o que revela a impossibilidade de encarmos processos criminais não afetos pela coisa julgada como geradores de antecedentes (2014, p. 121).

A sentença que concede perdão judicial não gera antecedentes criminais, consoante Súmula 18 do Superior Tribunal de Justiça (STJ), a qual estabelece que “a sentença concessiva do perdão judicial é declaratória da extinção da punibilidade, não subsistindo qualquer efeito condenatório”. Frisa-se que antes da sua edição, o artigo 120 do Código Penal já direcionava a tal entendimento, haja vista consignar que “a sentença que conceder perdão judicial não será considerada para efeitos de reincidência”.

Dessa maneira, para cumprimento do princípio constitucional da não-culpabilidade ou presunção da inocência, somente deverá ser considerado como antecedentes a sentença penal condenatória transitada em julgado, não sendo considerados os inquéritos policiais e as ações penais em andamento, muito menos inquéritos arquivados e as ações penais em que tenha sido prolatada uma sentença absolutória.

3.3 PERSONALIDADE DO AGENTE

Trata-se do perfil psicológico, dos caracteres do agente. Na lição de Schmitt,

Personalidade é o conjunto de características psicológicas que determinam os padrões de pensar, sentir e agir, ou seja, a individualidade pessoal e social de determinada pessoa. Refere-se ao seu caráter como pessoa humana. Serve para demonstrar a índole do agente, seu temperamento. São os casos de sensibilidade, controle emocional, predisposição agressiva, discussões antecipadas, atitudes precipitadas, dentre outras (2014, p. 130).

É referente ao aspecto subjetivo do agente, intimamente ligado aos ramos da psicologia e da psiquiatria.

Pontua Capez:

Seu conceito pertence mais ao campo da psicologia e psiquiatria do que ao direito, exigindo-se uma investigação dos antecedentes psíquicos e morais do agente, de eventuais traumas de infância e juventude, das influências do meio circundante, da capacidade para elaborar projetos para o futuro, do nível de irritabilidade e periculosidade, da maior ou menor sociabilidade, dos padrões éticos e morais, do grau de autocensura etc. A intensificação acentuada da violência, a brutalidade incomum, a ausência de sentimento humanitário, a frieza na execução do crime, a inexistência de arrependimento ou sensação de culpa são indicativos de má personalidade (2011, p. 483).

Por tais situações é que se discute a possibilidade de aplicação pelo julgador, que tem apenas um contato superficial com o agente e, na maioria das vezes, sem qualquer formação em psicologia/psiquiatria, não podendo assim avaliar sua personalidade. Tratando da dificuldade do magistrado em aplicar a circunstância judicial em análise, Schmitt

Não restam dúvidas que se torna uma tarefa impossível, ou melhor, tecnicamente inviável e perigosa. A análise dessa circunstância judicial se revela como sendo de alta complexidade, por isso defendemos a impossibilidade de ser atribuída tal valoração tão somente ao julgador, por não estar afeta à sua seara de atuação, bem como por não estar habilitado tecnicamente em promover a melhor análise e valoração (2014, p. 131).

Em sentido contrário, Nucci (2014) diz que o juiz precisa apenas de bom senso, não necessitando ser um perito na análise da personalidade, no entanto deve fundamentar suas decisões e buscar elementos que comprovem sua posição.

Explica o doutrinador

Não se exige que o magistrado seja um autêntico psicólogo para avaliar a personalidade, afinal, essa análise não tem a finalidade de conferir ao réu um tratamento qualquer, mas sim aplicar-lhe uma pena pelo crime reconhecidamente cometido. Fosse considerado um autêntico diagnóstico o julgamento do juiz acerca da personalidade, como se se tratasse de um profissional especializado, e não poderia o magistrado avaliar praticamente

nada em matéria penal. Aliás, destaque-se a importante tarefa do julgador ao verificar o elemento subjetivo do crime: dolo e culpa. São fatores instigantes, envolvendo detalhes ligados, sem dúvida, ao modo de agir e pensar do agente. Como distinguir, na prática, dolo eventual e culpa consciente? Termina o juiz valendo-se das suas regras de experiência, dos seus valores e conhecimentos particulares, para determinar se o réu atuou com dolo ou com culpa. Não deixa de ser uma avaliação psicológica, na esfera do leigo, com pinceladas jurídicas, da capacidade de querer e agir do ser humano (NUCCI, 2014, p. 177-178).

Ao verificar o modo de ser do agente, deve se buscar como elementos da personalidade, por exemplo, a bondade, alegria, persistência, honestidade, coragem, calma, responsabilidade em seus atos, simpatia, tolerância, agressividade, preguiça, insensibilidade emocional, impaciência, preconceito, desprezo em relação às pessoas de trato familiar, dentre outras características, desde quem em contexto com o crime, segundo aponta Nucci (2014).

A aplicação dessa circunstância judicial pode ser observada através do julgamento do HC 240371/RJ pelo STJ, em que é avaliada a conduta do agente em relação à vítima para que se conheça um pouco de perfil psicológico:

HABEAS CORPUS IMPETRADO ORIGINARIAMENTE, A DESPEITO DA POSSIBILIDADE DE IMPUGNAÇÃO AO ACÓRDÃO DO TRIBUNAL A QUO POR INTERMÉDIO DE RECURSO ESPECIAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA (RESSALVA DO ENTENDIMENTO DA RELATORA). CRIME DE TORTURA. TESE DE ATIPICIDADE DA CONDUTA. PRETENDIDA DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO DE MAUS TRATOS. NECESSIDADE DE REAPRECIÇÃO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. VIA IMPRÓPRIA. DOSIMETRIA DA PENA. EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. CAUSA DE AUMENTO DE PENA. CONFIGURAÇÃO DE BIS IN IDEM. CABÍVEL A REDUÇÃO PARA O MÍNIMO LEGAL. REGIME PRISIONAL FECHADO. IMPOSSIBILIDADE DE ABRANDAMENTO. EXISTÊNCIA DE OUTRA CONDENAÇÃO. AUSÊNCIA DE INTERESSE PROCESSUAL. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. A impetração de habeas corpus originário nesta Corte nos casos previstos no art. 105, inciso I, alínea c, da Constituição da República, é Garantia Fundamental destinada ao relevantíssimo papel de salvaguardar o direito ambulatorial (CR, art. 5.º, inciso LXVIII) e, por isso, a Carta Magna confere-lhe plena eficácia. No ponto, só se pode admitir a limitação que se conclui da regra processual prevista no próprio Texto Constitucional, em seu art. 105, inciso II, alínea a, qual seja, do writ impetrado em substituição ao recurso ordinário constitucional. Não pode tal entendimento ser estendido para a hipótese que se convencionou denominar de "habeas corpus substitutivo de recurso especial".

2. A despeito do posicionamento da Relatora - em consonância com o do Supremo Tribunal Federal -, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento majoritário de que é inadequado o manejo de habeas corpus se há possibilidade de impugnação do ato decisório do Tribunal a quo por intermédio de recurso especial. Isso não impede, contudo, que esta Corte Superior conceda ordem, se configurado constrangimento ilegal sanável de ofício.

3. As instâncias ordinárias, após minucioso exame do conjunto fático-probatório dos autos, concluíram pela existência de elementos coerentes e válidos a ensejar a condenação da Paciente pelo delito de tortura. Assim, para se acolher a pretendida desclassificação para o crime de maus tratos, seria necessário reapreciar todo o conjunto fático-probatório dos autos, o que se mostra incabível na via estreita do habeas corpus.

4. Excetuosos os casos de patente ilegalidade ou abuso de poder, é vedado, em habeas corpus, o amplo reexame das circunstâncias judiciais consideradas para a individualização da sanção penal, por demandar a análise de matéria fático-probatória.

5. Na hipótese, a pena-base foi exasperada porque os julgadores, com base em elementos concretos, consideraram desfavoráveis as circunstâncias judiciais relativas à personalidade da Paciente, por haver demonstrado evidente sentimento de desprezo em relação à sua própria filha, e às consequências do delito, que "foram muito além da gravidade objetiva prevista no tipo penal incriminador", segundo expressou o Juízo sentenciante, já que a criança foi acometida de profunda tristeza em decorrência dos fatos delitivos sofridos.

6. Evidencia-se flagrante ilegalidade no implemento da fração de 1/3 (um terço), pela incidência da causa de aumento relativa à menoridade da vítima, em razão de ter sido o crime perpetrado contra a própria filha da Paciente, pois essa circunstância já foi considerada, na primeira fase, para agravar a pena em relação à personalidade do agente, evidenciando-se, portanto, a configuração de indevido bis in idem.

7. Não há interesse processual na fixação de regime prisional mais brando, pois a Paciente possui outra condenação pela prática do mesmo crime, o que impõe a unificação das sanções com a consequente fixação de novo regime prisional, providência que compete ao Juízo da Execução, a teor do art. 66, inciso III, alínea a, da Lei de Execução Penal.

8. Writ não conhecido. Ordem de habeas corpus concedida de ofício para, reduzindo a 1/6 (um sexto) a fração de aumento decorrente da majorante relativa à menoridade da vítima, fixar a pena definitiva da Paciente em 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão. (STJ, HC 240371/RJ, Quinta Turma, rel. Min. Laurita Vaz, j. 18.06.14).

No mesmo sentido, analisando a personalidade do agente com base em elementos relacionados ao crime e trazidos aos autos, o STF, no HC 119630/AL, se pronunciou:

Constitucional, Penal e Processual Penal. Habeas corpus substitutivo de recurso ordinário. Homicídios triplamente qualificados - art. 121, § 2º, inc. I, IV e V (quatro vezes), c/c os arts. 29 e 69. Caso Ceci Cunha. Réu solto durante os treze anos de trâmite da ação penal. Prisão preventiva decretada na sentença. Possibilidade: Artigos 387, § 1º, e 492, I, e, do CPP. Garantia da ordem pública. Gravidade concreta dos crimes, periculosidade e propensão ao crime. Bases empíricas idôneas. Competência do Supremo Tribunal Federal. Rol taxativo. Matéria de direito estrito. Interpretação extensiva. Vedação. 1. A prisão preventiva pode ser decretada na sentença condenatória, conforme previsto nos artigos 387, § 1º, e 492, inciso I, alínea e, do Código de Processo Penal, este último com a redação conferida pela Lei n. 11.689/2008, restando de somenos importância o fato de o réu ter permanecido solto durante a instrução criminal, máxime quando demonstrados, como in casu, elementos concretos que a justifique. 2. A gravidade in concreto do crime, revelada pelo modus operandi, e a propensão à reiteração delituosa constituem fundamentos idôneos à determinação da custódia cautelar para a garantia da ordem pública (HC

103.716, Relator Min. Luiz Fux, 1ª Turma, julgado em 2/8/2011; HC 104.699/SP, 1ª Turma, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJe de 23.11.10; HC 103.107/MT, 1ª Turma, Relator o Ministro Dias Toffoli, DJe de 29.11.10; HC 101.717, Relator o Ministro Luiz Fux, 1ª Turma, DJe de 14/9/2011; HC 103.716, Relator o Ministro Luiz Fux, 1ª Turma, julgado em 2/8/2011). 3. O título condenatório superveniente justifica a prisão cautelar, mormente quando da dosimetria da pena o Magistrado destaca outros fatos que demonstram a periculosidade exacerbada do paciente, o desprezo pela vida humana e o egoísmo na busca de seus ideais, in verbis: "- [...] o acusado é portador de personalidade talhada para o crime. Desprovido de sensibilidade e sem qualquer resquício de respeito pelo ser humano; o acusado, segundo os depoimentos colhidos nos autos, sempre se referiu à prática de homicídios com aberrante naturalidade [...]. - [...] Segundo depoimento prestado por Maurício Guedes às fls. 43/51, o acusado mencionou sem qualquer pudor moral a intenção de matar outras pessoas, mostrando-se ainda indiferente à morte de seus companheiros de coligação partidária ao revelar que seu único objetivo era assumir o mandato como Deputado Federal, independentemente do tipo de violência necessária a tal fim. - [...] A personalidade predisposta a práticas criminosas se extrai do fato de o acusado estar determinado a eliminar qualquer um dos deputados eleitos por sua coligação, exigindo a morte de todos os presentes na ação, mas também no fato de estimular o homicídio de pessoas cuja morte não lhe interessaria. - [...] deflui-se que sua personalidade egoística e antiética impede que o acusado enxergue na vida humana valor superior a seus interesses pessoais mais elementares. Tal embotamento do senso moral torna o acusado pessoa capaz de práticas perversas tais quais aquelas que motivaram a presente ação penal, sem o mínimo traço de remorso ou hesitação. - [...] Também há nos autos a notícia de que o acusado teria ameaçado matar qualquer de seus assessores cujo comportamento fosse considerado inadequado aos seus interesses. - [...] Em relação aos motivos, os elementos colhidos ao longo da instrução indicam que a ação do acusado foi movida não somente pelo desejo de garantir o exercício do mandato de deputado federal inalcançado [por] meios legítimos, o que por si somente seria suficiente para configurar a torpeza do motivo, mas também de extrair do exercício do cargo vantagens ilícitas, exigindo pagamento em dinheiro em troca de votos nas sessões da Câmara dos Deputados." 4. In casu, por fatos ocorridos em 16/12/1998 (caso Ceci Cunha), o paciente, juntamente com outros corréus, foi condenado à pena de 103 (cento e três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do crime tipificado no art. 121, § 2º, incisos I e IV, (homicídio qualificado mediante paga ou promessa de recompensa ou outro motivo torpe, e mediante a traição, de emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa da vítima) e pelo crime previsto no art. 121, § 2º, incisos I, IV e V (homicídio qualificado mediante paga ou promessa de recompensa ou outro motivo torpe, e mediante a traição, de emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa da vítima e para assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime), na forma dos artigos 29 e 69, todos do Código Penal. 5. A sentença condenatória, proferida em 19/01/2012, revela-se harmônica com a jurisprudência desta Corte no tópico da prisão preventiva para garantia da ordem pública ao assentar a periculosidade in concreto, o modus operandi do crime e a propensão delituosa como fatores idôneos e justificadores da medida extrema de cerceio ante tempus da liberdade de locomoção, qual se infere facilmente dos seguintes trechos do édito condenatório: "- [...] há hipóteses excepcionais, nas quais a violência e gravidade dos crimes imputados aos réus geram tamanho clamor popular, que a manutenção dos condenados em liberdade põe em risco a ordem pública e recomendam a prisão, nos termos do artigo 312 do CPP, independentemente de primariedade ou bons antecedentes

dos condenados. - Não bastasse a violência dos crimes e sua repercussão social a exigir a prisão como forma de garantir a ordem pública, a espera de mais de treze anos para o julgamento da Corte soberana é, por si só, suficiente para revestir de total ilegalidade a prisão dos condenados. [...] - Com efeito, em rumoroso caso de homicídio passional atribuído ao jornalista Pimenta Neves, o Supremo Tribunal Federal entendeu que o longo período decorrido entre o seu julgamento pelo Tribunal do Júri de São Paulo (cerca de onze anos), em razão da sucessiva interposição de recursos por parte do réu, ainda que legítimos, impor a imediata execução da pena privativa de liberdade, independentemente do trânsito em julgado. - Situação esta que muito se assemelha ao caso em perspectiva, porquanto na presente ação penal os réus lançaram mão de todos os recursos disponíveis, inclusive habeas corpus, levando suas irresignações às mesas de julgamento do STJ e STF, sem que até o momento atual possa-se falar definitivamente da pronúncia. - Aliás, aqui, o tempo que medeia entre o crime e a reunião do Tribunal do Júri é ainda maior do que no citado precedente do STF, eis que já se passaram treze anos dos fatos descritos na denúncia, sem que a sentença de pronúncia haja transitado em julgado em razão do hábil manejo dos recursos generosamente admitidos pela legislação processual. - Essa similitude, inclusive, trouxe este caso aos debates que se seguiram ao voto do Ministro Celso de Melo (Relator do AI 7965677 AgR), quando o Ministro Gilmar Mendes citou expressamente o homicídio da Deputada Federal Ceci Cunha como hipótese excepcional em que deveria ser admitida a prisão dos réus, independentemente do trânsito em julgado da sentença condenatória. - As semelhanças entre os casos são evidentes, sendo os fatos que embasam a presente demanda, inclusive, ainda mais graves. No caso ora utilizado como paradigma, o autor agiu só, deixando uma única vítima; aqui, foram múltiplos agentes e quatro foram os mortos, entre estes uma Deputada Federal, ao passo que no paradigma uma jovem foi assassinada em crime passional, aqui, exterminou-se uma família com o objetivo de garantir a assunção de poder político. No paradigma, o uso dos recursos cabíveis gerou uma demora de cerca de dez anos, enquanto aqui mais de treze. - Assim, ao considerar, no caso paradigma, que a excessiva demora ocasionada pelo uso de meios processuais legítimos, associada à gravidade dos fatos levados a julgamento configuraram situação extraordinária o suficiente para excepcionar entendimento firme, sufragado pelo Plenário da Suprema Corte desde 2009, o STF claramente sinalizou no sentido de admitir a prisão preventiva dos autores da chacina que vitimou a Deputada Federal Ceci Cunha e seus familiares. - Em face do exposto, seguindo o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal nos autos do AI 7965677 AgR e utilizando os argumentos acima para todos os réus, tenho por bem decretar a prisão preventiva de JADIELSON BARBOSA DA SILVA; JOSÉ ALEXANDRE DOS SANTOS; ALÉCIO CEZAR ALVES VASCO; MENDONÇA MEDEIROS E PEDRO TALVANE LUÍS GAMA ALBUQUERQUE NETO.” 6. O habeas corpus de ofício, nas hipóteses de inadmissão do writ constitucional, somente é possível quando restar evidente, prima facie, a prisão ilegal do paciente. 7. Habeas corpus extinto, por inadequação da via eleita. (STF, HC 119630/AL, Primeira Turma, rel. Min. Luiz Fux, j. 08.04.14).

Essa circunstância garante, nada mais, que a concretização do princípio da individualização da pena, porém necessitando ser aplicada em decisão fundamentada e com base em elementos trazidos aos autos.

3.4 COMPORTAMENTO DA VÍTIMA

Além da subjetividade encontrada para analisar o comportamento da vítima, há divergência quanto à sua aplicação. Nucci (2014), por exemplo, entende que poderá haver elevação da pena-base caso a vítima se porte de maneira neutra, ou seja, não tenha qualquer participação na prática delituosa, a chamada vítima ideal.

Em sentido contrário, Schmitt (2014, p. 140) alerta que “o magistrado deverá ficar atento, pois esta circunstância judicial não poderá ser valorada para fins de recrudescimento da pena-base do condenado”. Na mesma linha de raciocínio, Estefam (2012) pontua que o comportamento da vítima deverá ser levado em consideração para que a pena seja reduzida caso tenha ela estimulado ou influenciado negativamente o agente.

O STJ, no julgamento do HC 284951/MG, estabelece que será considerada neutra a circunstância judicial pertinente ao comportamento da vítima quando não tiver qualquer influência ou contribuição no delito, salientando que somente será utilizada a circunstância em benefício do réu:

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. 1. NÃO CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. RESTRIÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. EXAME EXCEPCIONAL QUE VISA PRIVILEGIAR A AMPLA DEFESA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL. 2. HOMICÍDIO NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. DOSIMETRIA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS VALORADAS DE FORMA EQUIVOCADA. CONCEITO ANALÍTICO DE CRIME, ELEMENTO SUBJETIVO E ASPECTOS PRÓPRIOS DO TIPO PENAL. ILEGALIDADE FLAGRANTE 3. COMPORTAMENTO DA VÍTIMA. IMPOSSIBILIDADE DE CONSIDERAÇÃO EM DESFAVOR DO RÉU. 4. INCIDÊNCIA DA AGRAVANTE DO ART. 61, II, H, DO CÓDIGO PENAL. CONDIÇÃO ESPECIAL DA VÍTIMA - CRIANÇA E IDOSA. QUALIDADE QUE NÃO INGRESSOU NA ESFERA DE CONHECIMENTO DO ACUSADO. RESPONSABILIDADE PENAL OBJETIVA. NÃO ADMISSÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO. 5. CONCURSO FORMAL DE CRIMES. FRAÇÃO DE AUMENTO. QUANTIDADE DE CRIMES. 6. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, buscando a racionalidade do ordenamento jurídico e a funcionalidade do sistema recursal, vinha se firmando, mais recentemente, no sentido de ser imperiosa a restrição do cabimento do remédio constitucional às hipóteses previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. Nessa linha de evolução hermenêutica, o Supremo Tribunal Federal passou a não mais admitir habeas corpus que tenha por objetivo substituir o recurso ordinariamente cabível para a espécie. Precedentes. Contudo, devem ser analisadas as questões suscitadas na inicial no intuito de verificar a existência de constrangimento ilegal evidente - a ser sanado mediante a

concessão de habeas corpus de ofício -, evitando-se prejuízos à ampla defesa e ao devido processo legal.

2. O mandamus não é a via adequada para exame da dosimetria, devendo-se apenas aferir eventual existência de evidente ilegalidade, o que se verifica quando considerada maior a culpabilidade, com base em elementos do conceito analítico do crime. Ademais, os motivos não podem equivaler ao próprio elemento subjetivo do delito, consistente no dolo eventual, nem as consequências se confundem com o resultado da infração, no caso, a morte, além de ser inidônea a valoração das circunstâncias com base na quantidade de vítimas, pois sopesada na aplicação da fração relativa ao concurso formal. Precedentes.

4. O comportamento da vítima apenas deve ser utilizado em benefício do réu, devendo tal circunstância ser neutralizada no caso de não interferência do ofendido na prática do crime.

5. Não se vislumbra ter sido possível ingressar na esfera de conhecimento do réu a existência de vítima idosa ou de crianças dentro do veículo. Assim, a incidência da agravante do art. 61, inciso II, alínea h, do Código Penal, expressou verdadeira responsabilidade penal objetiva.

6. Reconhecido o concurso formal de crimes, a fração de aumento deve variar de acordo com a quantidade de resultados. Precedentes.

7. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para reduzir a pena-base, decotar a agravante do art. 61, inciso II, alínea h, do Código Penal, e diminuir a fração de aumento do concurso formal para 1/3 (um terço), totalizando a pena em 8 (oito) anos de reclusão, em regime semiaberto, mantidos os demais termos da sentença. (STJ, HC 284951/MG, Quinta Turma, rel. Marco Aurélio Bellizze, j. 08.04.14).

Adotando o entendimento supramencionado, a Sexta Turma se pronunciou no mesmo sentido ao julgar o Recurso Especial nº 1368671 de Minas Gerais afirmando que o comportamento neutro da vítima não é motivo para fundamentar a elevação da pena-base:

RECURSO ESPECIAL. PENAL. ROUBO MAJORADO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CULPABILIDADE E MOTIVOS. LUCRO FÁCIL. CIRCUNSTÂNCIAS. ELEMENTO INERENTE AO TIPO PENAL. CONSEQUÊNCIAS DA INFRAÇÃO. NÃO DEVOUÇÃO DO BEM. COMPORTAMENTO NEUTRO DA VÍTIMA. ANTECEDENTES. PROCESSO TRANSITADO EM JULGADO CUJA PUNIBILIDADE FOI EXTINTA PELA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. PROCESSOS EM ANDAMENTO. SÚMULA 444/STJ. EXASPERAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. A obtenção de lucros com a prática do crime de roubo não pode subsidiar a exasperação da pena-base porquanto inerente ao tipo penal.

2. Não transbordando a violência física o suficiente para a caracterização da elementar do crime de roubo, inviável sua utilização para exasperação da pena-base sob pena de bis in idem.

3. A utilização de faca não pode fundamentar a fixação da pena-base acima do mínimo legal quando configuradora da majorante prevista no inciso I do § 2º do art. 157 do Código Penal.

4. A ausência de devolução da res furtiva e comportamento neutro da vítima não são motivos idôneos para fundamentar a exasperação da pena-base.

5. A existência de condenação criminal transitada em julgado cuja punibilidade foi extinta pela prescrição da pretensão punitiva do Estado, bem como ações penais em andamento, não podem ser utilizados para agravar a pena-base.

6. Recurso especial provido para reduzir a pena-base ao mínimo legal, redimensionando a pena do recorrente para 6 (seis) anos de reclusão e pagamento de 14 (quatorze) dias-multa, mantidos os demais termos do acórdão recorrido. (STJ, REsp 1368671/MG, Sexta Turma, rel. Maria Thereza de Assis Moura, j. 18.06.14).

Somente dever ser valorado o comportamento da vítima se tiver elementos concretos que possam dar supedâneo às considerações referentes à circunstância e, assim, influenciar na dosimetria.

CONCLUSÃO

O Estado detém o poder punitivo e, almejando evitar arbitrariedades, este poder não é ilimitado. Existem princípios e requisitos que devem ser observados já que a atividade jurisdicional poderá restringir um dos direitos fundamentais da pessoa, qual seja, o direito à liberdade.

Princípios como identidade física do juiz, livre convencimento do magistrado, in *dúbio pro réu*, bem como um sistema com três fases para realização da dosimetria da pena, nada mais são que a concretização do preceito constitucional de individualização da pena, assegurando a realização de justiça através de uma pena justa.

Assim, para equacionar a pena, necessário se faz passar pelas três fases delineadas no artigo 68 do Código Penal: primeiro as circunstâncias judiciais elencadas no artigo 59, depois as circunstâncias agravantes e atenuantes, e por fim as causas de aumento e de diminuição.

As circunstâncias judiciais apresentam divergência em sua aplicação ante a extensão do sentido que trazem alguns dos elementos ali constantes, dificultando sua aplicação. Dessa forma, doutrina e jurisprudência buscam delinear seu alcance, a fim de não serem utilizadas equivocadamente, gerando *bis in idem*, ou aumentando a pena desnecessariamente.

A culpabilidade é uma palavra de sentido amplo, trazendo variadas interpretações. Porém é aplicada como o grau de reprovabilidade da conduta do agente.

Para a configuração dos antecedentes, por sua vez, somente é considerada a sentença penal condenatória transitado em julgado que não configure reincidência, sendo vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em andamento para agravar a pena-base, consoante Súmula 444 do STJ, ressaltando que os inquéritos policiais e ações penais em andamento não podem ser utilizados nem mesmo como má conduta social ou personalidade deturpada.

A personalidade do agente se refere ao modo de agir do autor do delito, ou seja, elementos que definam a sua personalidade, observadas a partir do contexto em que se desenvolve o crime.

Já no que se refere ao comportamento da vítima, apesar das divergências, prevalece o entendimento que somente deverá ser utilizado em

benefício do réu. Assim, quando não tiver a vítima qualquer contribuição no evento danoso, será considerado neutro seu comportamento, em nada influenciando na dosimetria.

No mais, todas as circunstâncias e todas as fases devem ser fundamentadas pelo magistrado, a fim de se concretizar a individualização da pena. A definição da pena em concreto não isenta o juiz de motivar suas escolhas.

Assim, a fixação da pena é um dos momentos culminantes da necessidade de fundamentação das decisões judiciais, sendo a dosimetria uma operação lógica e estruturada que visa a efetivação do princípio da individualização da pena e envolve profunda análise das condições fáticas.

Nessa conjuntura, o que se constata é que, ao analisar as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, o julgador, mesmo ciente de que sua discricionariedade está permitida (e não poderia ser de outra forma), encontra nos casos analisados entendimentos diversos e contraditórios com relação ao tema. Além disso, tem-se que, ao juiz não é possível esperar uma “neutralidade” e sim, a imparcialidade necessária. Assim, ao sentenciar, estarão presentes seus princípios, sua bagagem de vida e aquilo que acredita ser o correto. Nessa dimensão (que não é pequena), surgem as dúvidas e a possibilidade de realizar, na primeira fase, uma análise equivocada e injusta.

Tem-se, portanto, o quanto o tema é relevante e atual, sendo que muito ainda virá se discutir e analisar com relação à aplicação das circunstâncias judiciais na dosimetria da pena.

REFERÊNCIAS

BÊDE JÚNIOR, Américo. **Princípios do processo penal: entre o garantismo e a efetividade da sanção**. Américo Bedê Júnior, Gustavo Senna. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivanhy. **Correlação entre acusação e sentença**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de processo penal**. 4. ed. De acordo com as Leis n. 11.689/2008 e 11.719/2008. São Paulo: Saraiva, 2009.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, volume 1, parte geral (arts. 1º a 120)**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Curso de processo penal**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ESTEFAM, André. **Direito penal esquematizado: parte geral**. André Estefam e Victor Eduardo Rios Gonçalves. São Paulo: Saraiva, 2012.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

RANGEL, Paulo. **Direito Processo Penal**. 18. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

REIS, Alexandre Cebrian Araújo. **Direito processual penal esquematizado**. Alexandre Cebrian Araújo Reis e Victor Eduardo Rios Gonçalves; coordenador Pedro Lenza. São Paulo: Saraiva, 2012.

SILVA, Jorge Vicente. **Manual da sentença penal condenatória**. Curitiba: Juruá, 2003.