

# APLICAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS NA FIXAÇÃO DA PENA

GRAZIELLA PEREIRA CARDOSO

*Pós-graduanda em Direito Processual*

*Advogada no NPJ/SAJ do UNLARAXÁ*

## Resumo

A atividade judicial no que concerne ao instituto da aplicação das penas em seara criminal apresenta uma realidade que, analisada sob o aspecto científico, é motivo de constrangimento para a comunidade de magistrados de nosso país. Longe de uma visão classicista ou sociológica, o estudo dogmático da aplicação dos condicionantes retrata o quão distante está a *praxis forense* dos fundamentos postos em nosso ordenamento jurídico em razão da adoção de um Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Fixação da pena. Direito Penal. Estado Democrático de Direito.

## Abstract

The judicial activity in the that concerns to the institute of the application of the feathers in seara criminal, it introduces a reality that, analyzed under the scientific aspect, it is constraint reason for the magistrates community of our country. Far from a classicist or sociological vision, the dogmatic study of the application of condicionantes portrays how distant is for *praxis forensic* of the positions foundations in our ordenamento juridical in reason of the adoption of an Democratic State of Right.

Key-words: Fixation of the punishment. Penal right. Democratic State of Right.

**Sumário:** Introdução. 1. Questionamentos preliminares 2. Análise Crítica. 2.1. Circunstâncias Judiciais. 2.2. Circunstâncias judiciais de cunho subjetivo. 2.3. Circunstâncias judiciais e princípio da motivação. 2.4 Circunstâncias agravantes e atenuantes. Conclusão. Referências Bibliográficas.

## Introdução

O Direito é uma ciência que abarca, direta ou indiretamente, todos os ramos do conhecimento humano. Essa amplitude deve-se ao fato de que as normas jurídicas existem para regular o comportamento humano na vida em sociedade, abrangendo, portanto, todas as áreas. Relações políticas, econômicas, agrárias, comerciais, trabalhistas, familiares, contratuais, enfim, todos os tipos são dele objeto. No entanto, dentre tantas, talvez as mais complexas sejam aquelas relacionadas à esfera criminal e, dentro dessas, tudo o que diz respeito às penas e à sua aplicação.

O Direito Penal Brasileiro adotou o sistema trifásico de aplicação de pena, o qual foi positivado no artigo 68 do Código Penal. Por tal dispositivo, o juiz, ao aplicar e quantificar a pena de um condenado deve, necessariamente, percorrer três etapas: a) fixar a chamada pena-base mediante a observância dos elementos elencados no artigo 59 do mesmo Código; b) observar a incidência de alguma circunstância atenuante ou agravante, aplicando a respectiva majoração ou atenuação; c) observar a incidência de alguma causa especial de aumento ou de diminuição, efetivando o respectivo aumento ou diminuição.

Tal procedimento tem por escopo a observância dos preceitos constitucionais e princípios informadores do Direito Penal, quais sejam, os princípios da culpabilidade, da proporcionalidade e da individualização das penas, os quais, por sua vez, visam a fins preventivos gerais e especiais.

Dessa maneira, o momento de aplicação e quantificação da pena de um condenado exige do magistrado uma análise cautelosa do caso concreto, de modo a percorrer corretamente todas as etapas do sistema trifásico e desenvolver um raciocínio em consonância com os fundamentos estabelecidos por nossa ordem constitucional.

Não obstante isto, o instituto da fixação das penas nos meios forenses tem sido aplicado de forma diametralmente oposta à sua idealização. Os magistrados, seja por acúmulo de trabalho, falta de capacitação técnica ou até mesmo descompromisso com os preceitos constitucionais supracitados, simplesmente *passam* pelas três etapas e, aqui, especial destaque merece ser dado às duas primeiras, de modo que o que se tem visto traduz-se em análises superficiais, expressões feitas e entendimentos jurisprudenciais já formados, completamente destituídos de conteúdo.

É nesta seara que se situa o presente trabalho. O momento de aplicação das penas é sobremaneira importante, para não dizer, primordial no alcance

dos fins preventivos. É dele que dependerá uma eventual reincidência, nele se pode iniciar, manter-se ou efetivar-se uma injustiça, razão pela qual não se pode tolerar tamanho descaso ou, até mesmo, falta de preparo e conhecimento técnico.

Em nossa pesquisa, nos propomos a analisar esse instituto, especificamente, no que tange à aplicação das circunstâncias ditas judiciais, bem como das circunstâncias agravantes e atenuantes, de uma forma crítica e a partir dos corolários do Estado de Direito, uma vez que aqui se situam as maiores incongruências.

Assim, demonstraremos a enorme distância existente entre a realidade forense e os fins do nosso sistema jurídico-penal, visando, desde já, a suscitar uma reinterpretação dos referidos condicionantes à luz de um sistema garantista.

## 1. Questionamentos preliminares

Com vistas a introduzir os temas que adiante serão discutidos, necessário se faz o levantamento de algumas questões gerais acerca do trabalho desenvolvido pelo nosso atual corpo de magistrados no que tange ao tema acima proposto.

O primeiro ponto para o qual gostaríamos de chamar a atenção é a gritante freqüência com que se observa a utilização de fórmulas prontas, expressões vazias e interpretações baseadas em critérios errôneos, ditados pela *praxis*, entendimentos já formados que não guardam o menor respeito às finalidades de nosso sistema punitivo, bem como aos princípios informadores de um Estado de Direito.

Uma rápida *pesquisa de campo* permite a constatação de um sem número de associações do tipo *réu primário e portador de bons antecedentes – pena-base fixada no mínimo legal*, ainda que a análise das demais circunstâncias que compõem o artigo 59 do Código Penal resulte em uma conclusão negativa.

Lado outro, observa-se que a tão questionada análise pormenorizada das circunstâncias judiciais, sobretudo em via recursal, quando feita, o é mediante o emprego de fórmulas vazias tais como *a culpabilidade apresenta-se elevada, o dolo revela-se intenso, as circunstâncias são próprias de delitos dessa natureza*, as quais nada dizem, em uma verdadeira encenação de que se está cumprindo com a exigência constitucional do dever de motivação das decisões.

Não menos comum é a falta de compromisso com essa parte do decreto condenatório; faz-se uma análise dissociada do conjunto probatório, mediante

a utilização de critérios de interpretação errôneos, o que resulta quase sempre em conclusões do tipo *o agente é imputável, demonstrou total conhecimento do caráter ilícito do fato e lhe era exigível que agisse de maneira diversa*, quando da análise do elemento culpabilidade como critério de fixação da pena-base ou, *a personalidade apresenta-se voltada à prática delitiva*, em um total desrespeito aos direitos e garantias individuais, e isso, talvez, porque a fixação da pena é vista como função de importância secundária frente ao juízo condenatório.

Uma segunda questão, cuja menção se faz oportuna, é se de fato há o atendimento ao princípio da individualização das penas, expresso em nossa Constituição Federal no rol dos direitos e garantias individuais dos cidadãos.

A partir das considerações já feitas, lógica é a conclusão. O tão aclamado preceito tem a sua importância desconsiderada frente à necessidade de seguir as orientações dos Tribunais, à falta de conhecimento teórico acerca do tema e à total falta de compromisso com as funções de nosso sistema jurídico-penal; preocupa-se muito mais com o número de sentenças prolatadas ou, ainda, em não chamar a atenção ou atrair os holofotes para si nos casos de maior repercussão.

Referimo-nos, ressalte-se, não à ausência de fundamentação quando da fixação da pena, posto que essa, quase sempre, encontra-se formalmente presente nos diversos decretos decisórios, mas à falta de conteúdo e coerência com que é realizada, o que nos permite, seguramente, afirmar ser a mesma inexistente, em flagrante afronta ao nosso tão em voga Estado de Direito.

Por fim, não poderíamos deixar de questionar o atendimento aos fins da pena, os quais, conforme já demonstrado, traduzem-se na razão de ser das sanções penais prescritas no ordenamento jurídico pátrio.

Prevenção geral e especial são, de fato, almejadas ou ficam apenas *no discurso*, cedendo lugar às preocupações judiciais já referidas? Os juízes, ao fixarem a pena do autor de uma conduta típica, preocupam-se com os fins para os quais as operações que estão desenvolvendo foram criadas, ou o fazem de maneira matemática, com base em critérios outros que não o caráter funcional do instituto?

A conclusão é, igualmente, óbvia. A falta de coerência, a qual traduz-se, no nosso entender, em verdadeira ofensa à nossa Lei Maior, produz uma realidade totalmente dissociada da filosofia inerente às normas e aos institutos, gerando um *fax de conta* vergonhoso; os fins das penas, conquistas tão importantes, são relegados à condição de referencial ideológico para uma realidade da qual emergem fins retributivos, políticos e estatísticos.

Para evitar injustiças, ressaltamos, no entanto, a existência de profissionais

verdadeiramente comprometidos com as funções que desempenham, bem como com o ordenamento jurídico ao qual estão vinculados; a estes, desde já, o nosso respeito e admiração.

A generalização, muitas vezes perigosa, reconhecemos, deve-se a uma preocupação com a frequência com que trabalhos mal desempenhados vêm se manifestando, representando, no mais das vezes, o retrato da realidade forense do instituto.

Feitas essas considerações globais, mas de suma importância para o direcionamento da crítica, passemos à análise pormenorizada das circunstâncias.

## 2. Análise Crítica

### 2.1. Circunstâncias judiciais

#### 2.1.1. Culpabilidade

Sem adentrar na discussão existente em torno do conteúdo da culpabilidade, seja como elemento do crime, seja como elemento integrante do conceito de responsabilidade penal, restringir-nos-emos à análise da mesma como critério de fixação da pena, posto que sob essa ótica interessa à pesquisa.

Consoante preceitua a doutrina pátria, a culpabilidade, elemento prescrito no artigo 59 do Código Penal como um dos parâmetros nos quais deve o magistrado se basear para fixar a pena-base, traduz-se em grau de censurabilidade ou reprobabilidade da conduta desenvolvida pelo agente.

Nos dizeres de Bittencourt<sup>1</sup>:

Impõe-se que se examine aqui a maior ou menor censurabilidade do comportamento do agente, a maior ou menor reprobabilidade do comportamento praticado, não se esquecendo, porém, a realidade concreta em que o mesmo ocorreu.

A um primeiro momento, tem-se uma idéia de inadequação sistêmica desse elemento, dado o seu conteúdo como critério de fixação da pena, posto que se fala em grau de reprobabilidade da conduta; em um sistema jurídico que se fundamenta no Estado de Direito, admitindo-se, pois, somente finalidades preventivas, incoerente seria falar-se em reprovação.

No entanto, fazendo-se uma análise mais profunda, observa-se que a

<sup>1</sup> BITTENCOURT, C. R. *Manual de direito penal – parte geral*. p. 515.

culpabilidade, considerada como princípio, tem uma função maior, a qual se traduz em uma das balizas de um direito penal garantista; a culpabilidade tem uma função limitadora da intervenção estatal na esfera privada dos indivíduos, fazendo com que essa se concretize apenas dentro do que se considera estritamente necessário à proteção do valor inerente à norma, bem como às finalidades ressocializadoras.

Acerca da questão, oportuna é a ponderação de Roxin:<sup>2</sup>

La pena tampoco puede sobrepasar en su duración la medida de la culpabilidad, aunque intereses de tratamiento, de seguridad o de intimidación revelen como deseable una detención más prolongada. La intervención coercitiva estatal se quiebra en un caso así ante el interés de libertad del processado, que debe someterse a las exigencias del Estado, pero no al arbitrio de este, sino solo en el marco de la culpabilidad del sujeto.

A culpabilidade, em termos amplos, vem colocar limites ao direito penal de proteção a bens jurídicos, impondo, a essa necessidade, parâmetros os quais se devem respeitar para que o direito punitivo não adquira contornos arbitrários; ao mesmo tempo que faz necessária a punição, dada a negação de determinado valor, serve de baliza para esta, impedindo que a sanção se concretize para além do que se faz necessário às finalidades preventivas gerais e especiais.

Feitas essas considerações, observa-se que a culpabilidade, definida como circunstância judicial, por grau de censurabilidade, encontra-se em perfeita consonância com o sistema.

Partindo do pressuposto de que um direito penal democrático tem por finalidade única a proteção a bens jurídicos, a reprobabilidade ou censurabilidade acima mencionadas devem ter como balizas a maior ou menor usurpação do valor protegido pela norma e não a conduta em si, com o fim de castigar o indivíduo, como freqüentemente se tem visto.

Para se afirmar a maior ou menor culpabilidade do agente que comete uma conduta delituosa, deve-se analisar com que intensidade atingiu o bem jurídico; quanto maior a intensidade da lesão, maior o desrespeito demonstrado para com valores considerados fundamentais, exigindo-se que a resposta estatal

<sup>2</sup> A pena tampouco pode ultrapassar, em sua duração, a medida da culpabilidade, ainda que interesses de tratamento, de segurança ou de intimação revelem como desejável uma detenção mais prolongada. A intervenção coercitiva do Estado é restringida em um caso assim ante o direito de liberdade do réu, o qual deve submeter-se às exigências do Estado, mas não ao arbitrio deste, senão na estrita medida da sua culpabilidade. ROXIN, C. *Derecho penal – parte general*. p. 99.100.

venha de forma mais severa para que se atenda às finalidades preventivas.

No cotidiano forense, no entanto, a circunstância judicial ora analisada não é aferida da maneira acima exposta. Interpreta-se a reprobabilidade à luz da necessidade de castigar o agente, elegendo-se como parâmetros ora a *intensidade do dolo*, como se esse pudesse ser mensurado, ora o *total conhecimento da ilicitude* somada à *real possibilidade de ter agido de maneira diversa*, como se a culpabilidade como circunstância judicial se confundisse com a culpabilidade como elemento do crime, segundo definição finalista.

Tal pode ser observado, com ligeira facilidade, no dia-a-dia forense. Verifica-se um total desconhecimento do conteúdo de tal elemento, bem como dos conceitos que orientam a análise do mesmo. Expressões do tipo *a culpabilidade apresentou-se intensa em razão do pleno conhecimento da ilicitude da conduta, bem como do dolo intenso salientado no seu interrogatório*, ou simplesmente, *a culpabilidade revelou-se intensa* são bastante comuns, representando reais ofensas ao sistema jurídico e aos indivíduos.

Como conseqüências práticas, verifica-se um deslocamento dos parâmetros que dão conteúdo ao termo censurabilidade; deixa-se de analisá-lo à luz dos bens jurídicos, para se proceder a uma análise calcada na necessidade de retribuir o mal, de castigar o agente, colocando de lado conquistas árduas como a proporcionalidade e a própria função limitadora da culpabilidade.

A censurabilidade, ao contrário do que revela a *praxis*, deve ser analisada à luz de finalidades preventivas gerais e especiais; reprova-se com maior ou menor intensidade a conduta pelo maior ou menor desrespeito ao valor, visando a motivar o agente ao respeito ao ordenamento jurídico e buscando, em última análise, a sua reinserção social.

Nos dizeres de Roxin<sup>3</sup> *“de la desaprobación de una conduta se puede derivar igualmente la consecuencia de que tiende a su futura evitación en el sentido de influencia resocializadora”*.

### 2.1.2. Antecedentes

Trata-se de instituto bastante tormentoso não apenas na doutrina nacional, mas também no cenário estrangeiro. Acerca dos antecedentes, ferrenhas discussões se têm estabelecido, as quais se referem, em sua grande maioria, à amplitude do instituto.

O que pode ser considerado como fundamento para a emissão de um juízo

<sup>3</sup> Da reprovação de uma conduta se pode derivar, igualmente, a conseqüência de que se destina à sua futura prevenção no sentido de influência ressocializadora. ROXIN, C. *Derecho penal – parte general*. p. 99.

valorativo acerca dos antecedentes de determinado indivíduo? É esse um dos questionamentos mais comuns na doutrina e na jurisprudência. Dada a diversidade de posicionamentos, não há entendimento consolidado, sendo o instituto marcado por uma total indeterminação.

Segundo crítica realizada por Rodrigo Moraes de Oliveira<sup>4</sup>, caracterizam-se os antecedentes pela amplitude conceitual e subjetividade judicial, onde tudo pode ser considerado como antecedentes, tratando-se de dados certos ou de incertos, dependendo, sua valoração, do total arbítrio judicial.

Muito comum é a consideração pelos magistrados, a título de antecedentes, de inquéritos policiais instaurados, inquéritos administrativos, processos em curso, inquéritos arquivados, envolvimento policiais que não culminaram na instauração de inquéritos etc.

A indefinição na aferição do conteúdo material do instituto pode ser constatada via de uma rápida pesquisa jurisprudencial.

Dada a já demonstrada dificuldade, para não dizer incerteza na definição do conteúdo dos antecedentes, façamos uma análise à luz da Constituição Federal.

O artigo 5º, inciso LVII, da Carta Magna consagra o princípio da presunção de inocência, segundo o qual *“nenhum indivíduo será considerado culpado por determinada conduta delituosa até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”*. Isso significa dizer que, até o advento de condenação judicial passada em julgado, toda e qualquer pessoa é considerada inocente das imputações que lhe estão sendo feitas.

Como conseqüência do preceito supramencionado, qualquer punição estatal, para ser legítima, deve ser imposta via decisão judicial irrecorrível. À luz de tal regra, estabelece-se o conteúdo material dos antecedentes.

Se a legitimidade do sancionamento criminal depende de condenação declarada em sentença, tudo o mais deve ser objeto de um juízo positivo acerca dos antecedentes, posto que ainda inocente é a pessoa. Não se tolera, pois, a agravamento da pena em razão de inquéritos instaurados, processos em curso, sentenças recorríveis e quaisquer outros dados cadastrais, dada a manifesta ofensa ao princípio da culpabilidade.

O instituto dos antecedentes, definido em consonância com a nossa Constituição Federal, abarca, exclusivamente, condenações anteriores que não caracterizem a reincidência, ou seja, fora da eficácia temporal desta.

Os demais registros, em nosso modesto entender, não podem ser

<sup>4</sup> OLIVEIRA, R. M. *Fatores subjetivos na medição da pena*. p. 85.

desconsiderados, posto que auxiliam na árdua tarefa de individualizar a reprimenda; o atendimento à prevenção especial no caso de um agente com vários processos por crime de roubo, por exemplo, em tramitação e nenhuma condenação, exige a consideração de tais dados. No entanto, demonstrado restou que tal não pode ocorrer sob o título de antecedentes.

A realidade atual, no entanto, caracteriza-se pela tolerância a uma inconstitucionalidade manifesta, consolidada em consequência de uma completa falta de coerência sistêmica quando da definição do instituto; a título de antecedentes, todos os envolvimento criminais são considerados, privilegiando-se, outrossim, fins retributivos sob o rótulo do atendimento à individualização da pena.

Por fim, oportuno é o enfoque acerca da constitucionalidade dos antecedentes.

Grande parte da doutrina brasileira tece severas críticas ao instituto dos antecedentes, afirmando a sua inconstitucionalidade por ofensa ao princípio do *non bis in idem*, preceito implícito em nossa legislação, segundo o qual se proíbe a punição de qualquer pessoa, por mais de uma vez, em razão do mesmo fato. Segundo Cobo Del Rosal e Vives-Antón<sup>5</sup>:

O princípio do *non bis in idem* tem um duplo significado: de uma parte, é um princípio material, segundo o qual ninguém deve ser castigado duas vezes pela mesma infração e, de outra, é um princípio processual, em virtude do qual ninguém pode ser julgado duas vezes pelo mesmo fato.

Afirma a doutrina pátria que os antecedentes geram uma reconsideração de fatos anteriores, pelos quais o indivíduo já foi punido, a fim de majorar a pena atual. Como já foi devidamente apenado pelos mesmos, ocorre uma dupla punição, violando-se o preceito constitucional referido. É nesse sentido a ponderação de Zaffaroni<sup>6</sup>:

Há mais de 200 anos o direito penal liberal ou de garantias vem afirmando que a inflição de pena mais grave a um sujeito pela (re) consideração de um fato anterior, da mesma espécie, pelo qual já foi apenado, seria violar expressamente o *non bis in idem*.

<sup>5</sup> COBO DEL ROSAL, M. VIVES-ANTÓN, T. *Derecho penal -- parte general*. p. 83, apud OLIVEIRA, Rodrigo Moraes de. *Fatores subjetivos na medição da pena*. p. 117.

<sup>6</sup> ZAFFARONI, E. R. Reincidência: um conceito do direito penal autoritário. *Libro de Estudios Jurídicos*. p.55/56, apud OLIVEIRA, R. M. *Fatores subjetivos na medição da pena*. p.118.

Invocando o entendimento exposto, à luz da Constituição Federal, somente condenações anteriores não passíveis de caracterizar a reincidência podem ser consideradas a fim de avaliar os antecedentes.

Reportando-nos a dois princípios informadores da sanção penal, quais sejam, o princípio da proporcionalidade e o princípio da individualização das penas, bem como ao item 3.1.1, onde discorreremos acerca da função dogmática do princípio da culpabilidade, afirmamos, seguramente, que não há *bis in idem*. Uma vez condenado o indivíduo por fato anterior, deve tal circunstância ser considerada quando da fixação da pena atual para que se efetive uma verdadeira prevenção especial.

Exercendo a culpabilidade uma função limitadora da pena, todas as circunstâncias subjetivas e objetivas, relativas ao agente e à conduta delituosa, devem ser consideradas para que se alcance, de fato, verdadeira individualização da pena, cumprindo-se, assim, com a função de prevenção especial positiva; a consideração de fato anterior, estranho à conduta atual, não é invocada como fundamento da pena a ser aplicada, haja vista que a necessidade de pena decorre da análise do fato punível, a qual ocorre em momento anterior à quantificação da reprimenda, mas como medida necessária ao alcance dos fins da sanção penal, fazendo-se, em razão disso, plenamente constitucional.

O problema situa-se na confusão que se faz acerca do conteúdo dogmático da culpabilidade. Sendo limite de pena, é o indivíduo apenado porque a aplicação da sanção faz-se necessária à proteção dos bens jurídicos tutelados pela norma penal. Todavia, uma vez afirmada a imperatividade da sanção, o seu *quantum* é determinado à luz das finalidades preventivas, as quais, conforme as particularidades do caso, vão indicar a necessidade de pena mais ou menos árdua.

Na análise dos antecedentes, o indivíduo não é punido por uma segunda vez, haja vista que, ressalte-se, não se encontra aqui o caráter legitimante da sanção; tem a pena elevada por razões de política criminal, sendo o aumento condição para a prevenção especial.

Ressalvada a crítica ao entendimento doutrinário, incoerente, em nosso modesto entender, vigente está o instituto dos antecedentes, devendo, por essa razão, ter seu conteúdo aferido à luz da Constituição Federal.

### 2.1.3. Conduta social

Bittencourt<sup>7</sup> afirma que a análise desse elemento implica avaliação de

<sup>7</sup> BITTENCOURT. C. R. *Manual de direito penal – parte geral*, p. 517.

todo o conjunto do comportamento do agente em seu meio social, na família, na sociedade, na empresa, na associação de bairro etc.

De fato, é a vida do agente o objeto de avaliação desse instituto, com o que visa o magistrado a obter dados que lhe possibilitem *conhecer* o indivíduo e, dessa maneira, fixar uma reprimenda que corresponda às necessidades do mesmo, a fim de que, em última instância, se reintegre à sociedade, não voltando a delinquir.

Em que pese ser a conduta social uma circunstância acerca da qual não existem grandes discussões no que se refere a conteúdo, é, via de regra, objeto de grandes equívocos práticos, incorrendo os magistrados em graves erros acerca de quais dados podem ser considerados, bem como de em que circunstâncias podem estes ser objeto de juízo de valor.

Muito comum na realidade forense é uma reconsideração dos anteriores envolvimento criminais do agente, quando da análise da conduta social; via de regra, ante a falta de elementos para fundamentar um juízo negativo acerca da conduta social, transportam para este item todas as *más passagens*, emitindo um segundo juízo de valor com base em dados já valorados, em clara violação ao princípio do *non bis in idem*.

Como consequência, fixa-se uma reprimenda desproporcional, que vai além do necessário à proteção ao bem jurídico, bem como à culpa pessoal, colocando em risco as finalidades do sistema.

Conduta social, como o próprio nome indica, diz respeito à vida do indivíduo, seu comportamento junto à sua família, trabalho e amigos, devendo ser considerada, exclusivamente, quando dos autos constam tais informações.

Muito comum na prática são os feitos onde não é possível vislumbrar elementos que possam fundamentar a conduta social; em regra, preocupa-se exclusivamente com a aferição das circunstâncias do crime, relegando-se a individualização a um segundo plano.

Em que pese isso, as mais incríveis manobras são realizadas para suprir a ausência de elementos (sendo a reconsideração dos antecedentes a mais comum), quando o mais correto, para não dizer única via legítima, seria a presunção *pro reo*; o preceito que visa a conter eventuais abusos estatais bem como a atribuir segurança aos juízos, haja vista que só admite conclusões negativas para o réu ante a certeza das mesmas, traduz-se na única via admitida em tais casos, no entanto raramente é observada.

Outro problema que freqüentemente se observa é o emprego de fórmulas vazias, as quais omitem o real juízo elaborado pelo magistrado. Fala-se, muitas vezes, que a conduta social não ficou esclarecida, omitindo-se do réu um real

conhecimento acerca do juízo formado. O princípio da motivação das decisões sucumbe ante o descaso judicial, prejudicando, em última instância, o próprio direito à ampla defesa.

Observa-se, pois, que a discricionariedade do juiz inerente à análise de dita circunstância judicial, reveste-se, no mais das vezes, em arbitrariedade; quando por conduta social não são revalorados os antecedentes, há a emissão de juízos obscuros fundados na ausência de dados, os quais ocultam uma conclusão negativa facilmente detectável no *quantum* de pena-base.

As finalidades preventivas, como regra, caem por terra ante a necessidade de resposta social.

#### 2.1.4. Personalidade

A personalidade é um instituto que foi e ainda é objeto de ferrenhas críticas por parte de alguns juristas; afirma-se que a sua análise demanda conhecimentos científicos específicos às ciências da psicologia e da psiquiatria, não possuindo os juristas arcabouço teórico para proceder a tal exame.

Acerca do tema, oportuna é a menção à crítica realizada por Rodrigo Moraes de Oliveira<sup>8</sup>. Depois de uma vasta demonstração acerca do sem número de testes e técnicas dos quais se deve valer um psicólogo ou um psiquiatra para emitir qualquer diagnóstico acerca da personalidade de uma pessoa, faz os seguintes questionamentos:

o juiz brasileiro tem conhecimento das espécies de transtornos de personalidade existentes? Em caso positivo, tem o juiz brasileiro conhecimento da sintomatologia típica de cada um dos transtornos de personalidade?; possui o juiz brasileiro conhecimento acerca das técnicas de diagnóstico dos transtornos de personalidade?; estarão disponíveis no processo todos os dados necessários?; Enfim, o juiz brasileiro tem como avaliar a personalidade do acusado?

Em resposta aos questionamentos apresenta conclusão negativa, afirmando a completa impossibilidade de análise judicial da personalidade.

Semelhante crítica foi feita por Pedro Sérgio dos Santos e Mara Lúcia Almeida Vieira, em artigo publicado na Revista de Informação Legislativa do Senado Federal<sup>9</sup>.

<sup>8</sup> OLIVEIRA, R. M. *Fatores subjetivos na medição da pena*. p. 60/70.

<sup>9</sup> SANTOS, P. S. VIEIRA; ALMEIDA, M. L. Análise da personalidade para fixação da pena: contradições e ilegalidades no artigo 59 do Código Penal. *Revista de Informação Legislativa*. v. 36, n. 141. p. 111/118.

Sem deixar de enfatizar o nosso respeito aos citados estudiosos, entendemos ser a personalidade importante elemento para uma real individualização da pena, sendo sua análise, como circunstância de fixação da pena, perfeitamente possível.

Indiscutível é que os magistrados não dispõem de toda a gama de conhecimentos científicos necessária à emissão de um diagnóstico preciso acerca da personalidade do réu. No entanto, tal não se faz necessário às finalidades do instituto; a análise da personalidade como circunstância de fixação da pena-base não tem por objetivo diagnosticar desvios e/ou patologias, mas obter traços característicos do comportamento do mesmo, possibilitando, assim, uma efetiva prevenção especial.

Nesse sentido, ressalvadas as limitações técnico-científicas, a análise da circunstância é perfeitamente possível e, no nosso entender, a consideração de registros policiais e judiciais, os quais, conforme demonstrado, não podem ser objeto de análise nem dos antecedentes, nem da conduta social, adquirem, aqui, grande relevo.

Com a circunstância personalidade, visa-se a identificar traços de violência, agressividade, respeito ou não aos valores considerados caros pela sociedade bem como nos dizeres de Bittencourt<sup>10</sup> “*eventuais desvios de caráter de forma a identificar se o crime constitui um episódio acidental na vida do réu*”, haja vista que de tais dados depende uma real prevenção especial, função precípua da individualização.

Sendo essas as conclusões visadas pela análise do instituto, não vislumbramos melhor momento para a consideração dos tão polêmicos registros criminais anteriores. Além de se resguardar o princípio da presunção de inocência, tratam-se de informações as quais realmente possibilitam uma análise da personalidade para fins penais.

A *praxis* forense, no entanto, revela uma realidade desastrosa.

Verifica-se uma tendência natural ao emprego de fórmulas vagas, expressões prontas que nada dizem, caracterizando-se em mais uma ofensa à individualização.

Muito comum é a expressão *a personalidade apresenta-se voltada à prática delitiva* sem, no entanto, qualquer demonstração de como se chegou a tal juízo. E isso, talvez, porque já se valeu dos registros criminais anteriores para fundamentar antecedentes e conduta social; mais conveniente é ocultar qualquer explicação do juízo acerca da personalidade, para o qual, tomaram-

<sup>10</sup> BITTENCOURT, C. R. *Manual de direito penal – parte geral*. p. 517.

se por base os mesmos fatos.

Em suma, a realidade da circunstância judicial em apreço não difere muito do demonstrado acerca da conduta social; valoram-se, mais uma vez, fatos que já foram objeto de análise, optando-se por fórmulas vazias, em flagrante ofensa às garantias individuais.

As finalidades preventivas, mais uma vez, permanecem à parte, como um referencial ideológico que se *finge* buscar.

### 2.1.5. Motivos, circunstâncias e conseqüências do crime.

Nesta seção trataremos das circunstâncias judiciais *motivos, circunstâncias e conseqüências do crime*, conjuntamente, posto que semelhante é o equívoco que se comete sobre as mesmas.

Como regra geral, acerca dos elementos supra, tem-se a orientação fornecida pelo princípio do *non bis in idem*, o qual traz uma vedação a qualquer espécie de reavaliação para fins punitivos.

Dessa maneira, no que se refere aos motivos e circunstâncias do crime, estes somente podem ser objeto de um juízo de valor quando da fixação da pena-base se não foram contemplados pelo tipo penal, na condição de qualificadoras, ou não figuram como circunstâncias agravantes e atenuantes. Em relação às conseqüências, valoram-se, exclusivamente, os fatos advindos da lesão ao bem jurídico, posto que esta última já foi valorada pelo legislador quando da fixação dos limites de pena abstratamente cominados.

Em que pese não serem as regras acima expostas objeto de questionamento, posto que condições para se evitar o arbítrio judicial, os decretos decisórios demonstram que a aplicação das mesmas não traduz a realidade dos institutos.

Tratando-se dos motivos e das circunstâncias, muito comum é a reconsideração de elementares típicas ou de agravantes incidentes ao caso concreto, quando da fixação da pena-base. Tal procedimento, além de violar o *non bis in idem*, viola também os princípios da proporcionalidade e da culpabilidade, garantidores de um direito penal democrático; fixa-se uma pena que vai além das suas finalidades preventivas, prevalecendo o arbítrio estatal.

No que concerne às conseqüências, primária é a falha. Se os limites de pena em abstrato foram eleitos pelo legislador como suficientes para proteger os bens jurídicos, motivando a coletividade a respeitá-los, lógica é a conclusão no sentido de que se refere o instituto, a fatos decorrentes da lesão e não a ela própria.

Em ofensa à culpa pessoal, é freqüente uma nova consideração da lesão

em si a título de conseqüências do delito, o que significa, em última análise, novo *bis in idem*.

O nosso propósito de evitar afirmações repetitivas para não cansar o leitor fica prejudicado frente à reiteração dos efeitos advindos da falta de compromisso judicial com a análise das circunstâncias que influenciam na fixação das penas; a individualização é, mais uma vez, teatral, restando prejudicados os fins preventivos.

#### 2.1.6. Comportamento da vítima

Como último elemento a ser considerado para a fixação do *quantum* da pena-base, o artigo 59 do Código Penal elencou o comportamento da vítima.

Acerca desse elemento poder-se-ia, inicialmente, pensar que qualquer atitude reprovável da vítima, a qual se tenha mostrado eficiente no sentido de provocar a prática delitiva, de certa forma, diminuiria a responsabilidade do autor da mesma. Sabe-se, no entanto, que o nosso sistema jurídico-penal não consagra o instituto da compensação de culpas, restando, descartado, desde já, o entendimento exposto.

O elemento *comportamento da vítima*, como parâmetro a ser considerado para a fixação da pena-base, tem por escopo precípua a prevenção especial e, para tanto, funda-se na necessidade de dar ao magistrado elementos que demonstrem a imperatividade ou não de uma pena mais severa.

Assim, nos casos em que a vítima contribui eficazmente para a prática delitiva, observa-se que o seu autor guarda certo grau de respeito para com o bem jurídico tutelado pela norma, tendo-o lesado porque fora, de certa forma e se é que assim pode ser dito, induzido. Nessas hipóteses, tal circunstância precisa ser considerada para que não se lhe fixe reprimenda que vá além do necessário à prevenção especial.

Se, por outro lado, não houve qualquer contribuição por parte da vítima, o bem jurídico é lesado de forma mais gravosa, exigindo-se reprimenda adequada a tal circunstância, capaz, pois, de motivá-lo ao respeito aos valores tutelados e ao não retorno à delinqüência.

Em que pese, como demonstramos, a importância da circunstância, na prática, não é a mesma considerada segundo suas finalidades. O comportamento da vítima, quando analisado, frise-se, não integra o raciocínio desenvolvido pelo magistrado para a fixação da pena-base e a tal conclusão se chega via de simples vislumbre à reprimenda concretamente aplicada.

Por conseqüência, tem-se, consoante já asseverado, o comprometimento de todo o nosso sistema sancionatório; as penas são fixadas em patamares muito além ou aquém daqueles que uma correta individualização exigiria, maculando, em última instância, garantias individuais e finalidades preventivas.

## 2.2. Circunstâncias judiciais de cunho subjetivo: direito penal do autor?

Na atualidade, muito se questiona acerca da presença de institutos, em nosso direito penal, que constituem verdadeira expressão do que se entende denominar por direito penal do autor. Dentre esses, especial ênfase é dada às circunstâncias judiciais de cunho subjetivo descritas no artigo 59 do Código Penal, as quais são tidas, por alguns, por manifestamente inconstitucionais.

Essa é a crítica feita por Rodrigo Moraes de Oliveira em sua obra *Fatores subjetivos na medição da pena*. Adotando posicionamento radical acerca dos elementos supramencionados, defende a extirpação dos mesmos do nosso ordenamento jurídico, posto que frontalmente opostos aos princípios norteadores do Estado de Direito; sob o argumento de se cumprir com os fins de prevenção especial, os quais dão às reprimendas caráter essencialmente utilitarista, com o qual o mesmo não concorda, afirma que tais circunstâncias geram uma punição pela condução de vida, por uma forma de ser, pondo por terra o princípio da culpabilidade pelo fato.

Nos dizeres do mencionado jurista<sup>11</sup>:

Note-se que já temos, desde longa data, tipos penais de autor, como se pode ver nos artigos. 59 e 60 da Lei de Contravenções Penais, que punem, respectivamente, a vadiagem e a mendicância, misteres que, sob os auspícios de um Estado Democrático de Direito, deveriam ser opção de cada indivíduo (...). Na mesma linha está o art. 59 do Código Penal, e todos os demais que lhe adotaram os condicionantes aqui enfrentados, na medida em que determinam ao magistrado a consideração de uma gama de dados estritamente pessoais do réu, de todo desvinculados do fato em debate, e que só fazem viabilizar, na prática, a implementação da autoritária culpabilidade de autor.

No mesmo sentido é o entendimento de Vera Andrade<sup>12</sup>:

O moderno sistema penal interpelou oficialmente os juízes a ultrapassar o universo do direito penal do fato e fazer da sentença

<sup>11</sup> OLIVEIRA, R. M. *Fatores subjetivos na medição da pena*. p. 152.

<sup>12</sup> ANDRADE, V. R. P. *A ilusão da segurança jurídica*. p. 275 apud OLIVEIRA, R. M. *Fatores subjetivos na medição da pena*. p. 152.

muito mais do que um julgamento de culpa do autor pelo seu ato (responsável em função de certos critérios de vontade livre e consciente) para buscar na biografia do autor, um juízo de (a) normalidade e uma prescrição técnica para uma normalização possível.

Antes de enfrentarmos a questão, necessário é que se estabeleça a diferença entre direito penal do autor e prevenção especial, haja vista que é esse o motivo de toda a especulação que se faz acerca do tema.

Entende-se por direito penal do autor aquele fundado na culpabilidade de autor, na qual a culpa do agente é aferida levando-se em consideração elementos inerentes à sua pessoa, tais como vida pregressa, caráter, forma de vida, etc; pune-se o agente pelo que ele é ou pela forma como se apresenta, sendo indiferente o fato delituoso por ele cometido.

Exemplo clássico de direito penal do autor foi o que vigorou durante o período dos Estados Absolutos, em que as pessoas eram punidas por não professarem a mesma fé ou por não comungarem do mesmo ideal político que a classe que se encontrava no poder. Outro, mais recente, materializou-se no positivismo criminológico, em que a culpabilidade tinha por fundamento categorias de criminosos previamente idealizadas; elegiam-se determinadas características como definidoras de certos tipos de personalidades, pautando-se a pena, de forma clara, na forma de ser.

Prevenção especial, por sua vez, é fim da pena. Constitui, ao lado da prevenção geral, os dois únicos fins da sanção penal admitidos dentro do que se denomina como Estado de Direito. Define-se como sendo o fim de motivar o autor de uma conduta típica a respeitar o ordenamento jurídico por ele violado, alcançando, via de consequência, sua ressocialização e reinserção social.

A prevenção especial materializa-se no princípio da individualização da pena, garantia constitucional que se atende; primordialmente, quando o juiz analisa as particularidades do caso concreto e fixa ao agente a reprimenda que este terá que cumprir; esta deve ser fixada em *quantum* suficiente e adequado à sua culpa pessoal para que seja motivado à reintegração social, não voltando a delinquir.

Em síntese, a prevenção especial tem por fundamento a análise do caso concreto em toda a sua singularidade, o que implica em análise das circunstâncias objetivas e subjetivas do delito, posto que condição para o

alcance da finalidade.

Definidos os institutos, parece-nos muito claro que prevenção especial, dados os elementos em que se funda, não se confunde com direito penal do autor, sendo instituto totalmente coerente com o direito penal do fato, único admissível em um estado democrático.

No direito penal do autor, o fundamento da pena é a condição de vida, uma opção política ou religiosa do autor; pune-se pela condição pessoal, independentemente de ter o mesmo praticado ou não uma conduta típica.

No sistema atual, a consideração de elementos de cunho subjetivo não é pressuposto de pena. Pune-se pelo fato, tanto que é exclusivamente a tutela do bem jurídico o elemento considerado pelo legislador ao fixar as sanções penais; considerando a gravidade da lesão, comina limites mínimos e máximos de pena, bastantes e necessários à tutela do mesmo.

A consideração de circunstâncias subjetivas é pressuposto para que se alcance a prevenção especial, sendo, pois, parâmetro para que o magistrado fixe a pena; a culpabilidade funda-se no fato, tendo esta função limitadora da reprimenda, mas, uma vez afirmada a necessidade dessa última, levam-se em conta circunstâncias de cunho pessoal para que seja a pena adequada à culpa do agente.

Roxin explicita a questão com clareza singular ao comentar o § 46 do Código Penal Alemão:

En el §46 se le impone al juez el cometido de tener en cuenta para la medición de la pena, entre otras cosas, la vida previa del autor, sus circunstancias personales e económicas, pero también su comportamiento posterior al hecho. Este precepto se interpreta también con cierta frecuencia en el sentido de que en el mismo influyen elementos de derecho penal de autor, mientras que la op. dom. solo se admite esos criterios de medición de la pena como indicios de la medida de la intensidad criminal y actitud interna que se revela en el hecho; hay que darle la razón a la op. dom. en cuanto que en todo caso la culpabilidad por la conducción de la vida nunca puede utilizarse para rebasar en la medición de la pena la medida de la culpabilidad por el hecho; por tanto, un hecho de escasa relevancia no se le puede castigar a nadie más gravemente porque la conducción de su vida es equivocada y hace temer su reincidencia en el delito. De lo contrario, dado que la culpabilidad por la conducción de la vida, a menudo es solo una expresión conciliadora para indicar a peligrosidad, serían las necesidades de prevención especial las que determinarían la cuantía de la pena y se habría mantenido el

efecto limitador de la pena que frente a las necesidades preventivas despliega el principio de culpabilidad<sup>13</sup>.

Do entendimento exposto, verifica-se que a análise de circunstâncias de cunho subjetivo, quando da fixação da pena, não implica em direito penal do autor, mas em cumprimento do princípio da individualização com vistas ao alcance da prevenção especial, sendo, pois, perfeitamente constitucional o dispositivo.

### 2.3. Circunstâncias judiciais e princípio da motivação

Preceito expresso no artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, a motivação das decisões é um dos corolários do direito penal de cunho garantista; o direito do réu de conhecer as razões pelas quais foi condenado pela prática de uma conduta delituosa, bem como por que lhe foi imposto certo *quantum* de pena é instrumento de defesa dos direitos e garantias fundamentais, contendo o arbítrio estatal quando do exercício da sua pretensão punitiva.

O princípio da motivação tem singular importância na aplicação das sanções penais, tendo sido o sistema trifásico idealizado de forma que se permitisse o pleno conhecimento do juízo desenvolvido pelo magistrado quando da fixação da pena em concreto; a aplicação da pena no direito penal brasileiro é feita em etapas, devendo estar devidamente justificadas as conclusões formuladas ao término de cada uma.

Tendo o nosso Estado a característica de Democrático de Direito, somente se pode falar em um direito penal igualmente democrático, garantista, sendo o arbítrio judicial totalmente incongruente com o ordenamento jurídico pátrio.

No que é pertinente, especificamente, às circunstâncias judiciais, conclui-

<sup>13</sup> No § 46 se impõe ao juiz a necessidade de ter em conta, para a quantificação da pena, dentre outras coisas, suas circunstâncias pessoais e econômicas, mas também seu comportamento posterior ao ato. Esse preceito é interpretado também com certa frequência, no sentido de que o mesmo abarca elementos de direito penal do autor, ao passo que, hoje, somente se admite tais critérios de medição da pena como indícios para se medir a intensidade criminoso e atitude interna do agente que se revela no fato; é preciso dar razão a tal entendimento, haja vista que a culpabilidade pela condução de vida nunca pode ser utilizada para rechaçar, na quantificação da pena, a medida da culpabilidade pelo fato; sendo assim, por um ato de pequena relevância, não se pode castigar a ninguém mais gravemente porque apresenta um histórico de vida maculado e isso faz temer sua reincidência. Pelo contrário, considerando que a culpabilidade pela condução de vida, é, via de regra, apenas uma expressão conciliadora para indicar a periculosidade, seriam as necessidades preventivo-especiais os elementos determinantes do *quantum* de pena, mantendo-se o efeito limitador da pena, que, frente às necessidades preventivo-especiais, desemboca no princípio da culpabilidade. ROXIN, C. *Derecho penal – parte general. Fundamentos, la estructura de la teoria del delito*. p. 187/188.

se pela imprescindibilidade da motivação, haja vista que a análise das mesmas para a fixação da pena-base funda-se no bom senso do magistrado; não havendo parâmetros legais expressos, a exposição dos fundamentos pelos quais foi fixada a pena-base em determinado *quantum* é condição para o exercício do direito à ampla defesa, também o sendo para a manutenção da impessoalidade da decisão.

Nesse sentido se expressou João José Leal<sup>14</sup> ao comentar o tema: *O dever de motivar a pena constitui uma garantia individual contra o arbítrio do juiz que, por sua vez, se vê protegido contra a suspeita de arbitrariedade ou imparcialidade.*

Não obstante a importância do preceito em comento, a realidade forense, no que tange à aplicação das penas, mostra verdadeiro descaso para com o mesmo; quando é feita a motivação, apresenta-se como mera exigência formal, haja vista que, conforme já exposto, são as circunstâncias que influenciam na fixação da pena-base analisadas de maneira descompromissada, para não dizer incoerente; ressalvada a vulgaridade dos termos, *finje-se que se motiva e finje-se que os fins preventivos são mais que meros referenciais ideológicos.*

A fixação da pena-base no mínimo legal, em 90% (noventa por cento) dos casos, não é acompanhada de fundamentação satisfatória, devendo-se, com uma clareza que salta aos olhos, à primariedade e aos bons antecedentes; as conclusões a que chegam os magistrados, em percentual considerável, não guardam a necessária coerência com a motivação apresentada, o que reveste o preceito de características de simples requisito formal; e, por fim, não são as circunstâncias analisadas à luz de suas finalidades preventivo-especiais, o que faz com que as sentenças, no que tange à fixação da pena, sejam materialmente nulas.

Como conseqüência tem-se uma completa incompatibilidade com o modelo de direito penal que se admite dentro de um Estado de Direito; o réu não tem condições de visualizar as razões que motivaram a decisão judicial no que concerne à pena-base, sendo, pois, tolhido no seu direito de defesa. Além disso, fica sujeito ao arbítrio estatal, sendo as suas garantias individuais existentes apenas no plano formal.

As finalidades preventivas, de igual maneira, se vêem em um segundo plano; se não há compromisso com a motivação, também não o há com os fins da pena, fixando-se reprimenda ora aquém, ora além do que se faz necessário.

David Teixeira de Azevedo<sup>15</sup>, ao enfatizar a importância da motivação,

<sup>14</sup> LEAL, J. J. *Direito penal – parte geral*. p. 404, apud JÚNIOR, A. O. P. *A dosimetria em casos de reincidência*. p. 66.

<sup>15</sup> AZEVEDO, D. T. *As causas de aumento e diminuição no direito penal*. p. 191.

conclui a questão, sintetizando as conseqüências da ausência da mesma.

A motivação das decisões judiciais é ponto fundamental da correção dogmática e política na aplicação da reprimenda. Somente uma motivação clara e fundamentada, que explicita as causas de aumento e diminuição e as circunstâncias e sua referência ao bem jurídico ou à culpabilidade, cumprirá seu papel político de segurança jurídica, sua função processual de conhecimento do processo lógico e emocional do magistrado, subjacente e imanente à sentença.

## 2.4. Circunstâncias agravantes e atenuantes

### 2.4.1. Influência sobre o magistrado: pré-juízo negativo

A análise das circunstâncias agravantes e atenuantes, previstas nos artigos 61, 62, 65 e 66 do Código Penal, deve ser realizada na segunda etapa do sistema trifásico, consoante determina o artigo 68 do mesmo Estatuto.

Ocorre que muitas delas, especialmente as agravantes, coincidem com algumas das circunstâncias judiciais prescritas no artigo 59 do Código como critérios para a fixação da pena-base ou com as elementares típicas, sejam elas qualificadoras ou não.

Quando isso ocorre, orienta a doutrina pátria que devem ser valoradas a um único título, sob pena de violação do princípio do *non bis in idem*; se são qualificadoras, influenciarão no *quantum* da pena-base, não podendo ser revaloradas como circunstâncias judiciais, nem tampouco, exercer qualquer influência na segunda fase de aplicação da pena; se coincidem com as circunstâncias judiciais, serão valoradas a título de agravantes, não podendo influenciar também no *quantum* de pena-base.

Tais regras, conforme já asseverado no tópico acerca dos motivos, circunstâncias e conseqüências do crime como circunstâncias judiciais, são pacíficas.

No entanto, apesar de muitas vezes não manifesto nas sentenças, observa-se que o *non bis in idem* nem sempre é guardado; especialmente com relação às agravantes, exercem estas influência sobre o magistrado já na primeira etapa de fixação da pena, o que faz com que fixe a pena-base a partir de um juízo viciado e, na segunda fase, agrave a pena reconsiderando a circunstância que o influenciou.

Tal ocorre, em nosso modesto entender, em razão da falta de compromisso de muitos magistrados com as finalidades da sanção penal.

Uma ocorrência freqüente é a consideração de eventual condenação anterior

para afirmar, simultaneamente, maus antecedentes e reincidência.

O magistrado descompromissado com as finalidades do sistema jurídico-penal, especialmente no que concerne às penas, deixa-se influenciar pelo fato de ter o acusado um farto histórico policial, registrando, ainda, uma ou mais condenações anteriores capazes de configurar a reincidência e fixa, a partir desses fundamentos, pena-base superior àquela que a análise do caso concreto exigiria.

Tal pode ocorrer de forma expressa, elencando-se a condenação para fundamentar um juízo negativo acerca dos antecedentes e, em um segundo momento, afirmar a reincidência, ou implicitamente, o que é mais comum, onde a análise dos requisitos do artigo 59 do Código Penal é positiva e, ainda assim, fixa o juiz pena-base superior ao mínimo, em evidente pré-valorização e demonstração de parcialidade.

Em ambos os casos, está-se diante de *bis in idem*, em clara violação aos princípios da culpabilidade e, por conseqüência, da proporcionalidade; a pena é fixada a partir de um juízo viciado, em *quantum* que não guarda a devida proporcionalidade com a lesão perpetrada, frustrando a prevenção especial uma vez que é superior à culpa pessoal do agente.

Acerca do tema, ponderou Alceu de Oliveira Pinto Júnior<sup>16</sup>.

Verificando o juiz que a reincidência apresenta-se devidamente comprovada através de certidão cartorária, pode a mesma fazer referência, mas não pode ser considerada como circunstância desabonadora para elevar a pena-base conforme os ditames do artigo 59 do Código Penal.

Outra freqüente ocorrência de fixação da pena-base a partir de um juízo viciado se dá nos crimes cometidos de forma violenta; a repugnância que geram macula o juízo de magistrados pouco comprometidos e por demais preocupados com a opinião pública, o que faz com que fixem uma pena-base alta e, em um segundo momento, reconheçam eventuais agravantes.

O efeito prático, como no caso dos antecedentes, é desastroso, pois a pena ganha contornos de medida arbitrária, frustrando os fins preventivos e, em última análise, maculando a natureza garantista de nosso direito penal.

Outras hipóteses de *bis in idem* se materializam, dessa mesma forma, com relação a outros elementos, consoante, é claro, o caso concreto. Não nos deteremos, no entanto, a uma exemplificação exaustiva porque bastantes são

<sup>16</sup> JÚNIOR, A. O. P. *A dosimetria em casos de reincidência*. p. 148.

os casos mencionados para ilustrar a crítica ora desenvolvida.

#### 2.4.2. Circunstâncias atenuantes e agravantes de natureza subjetiva: direito penal do autor?

Trata-se, aqui, de entendimento similar ao exposto quando da análise das circunstâncias judiciais de cunho subjetivo, posto que o mesmo questionamento se faz quanto às agravantes e atenuantes de mesma natureza.

Para não cansar o leitor com repetições desnecessárias pedimos *vênia* para nos reportarmos às considerações feitas quando da análise daquele tema, posto que idêntico é o raciocínio.

Questiona-se a constitucionalidade das circunstâncias agravantes e atenuantes de cunho subjetivo, ao argumento de que se estaria ferindo o princípio da culpa pelo fato.

Não há, no entanto, inconstitucionalidade, posto que, como já asseverado, trata-se de expressão do princípio da individualização das penas com vistas à prevenção especial, juízo este que nos parece óbvio, uma vez que não vislumbramos como individualizar a pena para que esta se materialize de forma proporcional e adequada à culpa pessoal, apartando da análise o sujeito da ação.

#### 2.4.3. Reincidência e inconstitucionalidade

A reincidência é uma circunstância agravante que determina a majoração, na segunda fase de aplicação da pena, da reprimenda aplicada àquele réu que, dentro do período de cinco anos, contados retroativamente, a partir da data em que foi prolatada a sentença de extinção da punibilidade pelo cumprimento da pena ou a partir do término do cumprimento desta, se este não coincidir com a primeira, possui condenação transitada em julgado.

Da análise da definição do instituto, observa-se que a reprimenda do delito atual sofre uma majoração em razão da prática de delito anterior, pelo qual o réu já foi condenado e recebeu a devida pena; em síntese, é o delito anterior reconsiderado, elevando-se a pena atual.

Questiona-se, como ocorre com os antecedentes, a constitucionalidade do instituto. Sem grande esforço intelectual, afirma a doutrina pátria que o instituto da reincidência caracteriza flagrante *bis in idem*, afrontando nossa Constituição ao ferir os princípios da culpabilidade e da proporcionalidade e pondo por terra a política criminal ao frustrar os fins preventivos.

Tal é o entendimento esboçado por renomados juristas como Magalhães Noronha<sup>17</sup>, Aníbal Bruno<sup>18</sup> e Zaffaroni<sup>19</sup>.

É também nesse sentido o posicionamento de Lenio Streck<sup>20</sup>:

No nosso Código Penal, a reincidência, além de agravar a pena do (novo) delito, constitui-se em fator obstaculizante de uma série de benefícios legais (...); esse duplo gravame da reincidência é antiguarantista, sendo, à evidência, incompatível com o Estado Democrático de Direito, mormente pelo seu componente estigmatizante, que divide os indivíduos em aqueles que aprenderam a conviver em sociedade e aqueles que não aprenderam e insistem em continuar delinqüindo.

Saindo já da crítica forense, haja vista que abordadas foram as questões as quais entendemos mais relevantes no que concerne à realidade do instituto da aplicação das penas, oportuna é uma breve referência acerca de tal aspecto da reincidência.

Nesta seção, também pedimos *vênia* para retomarmos o entendimento esboçado quando da análise da constitucionalidade dos antecedentes.

Exercendo o princípio da culpabilidade uma função limitadora da pena, não é o indivíduo reincidente apenado duplamente. A sanção que lhe será aplicada tem como fundamento único a lesão ao bem jurídico por ele causada; a majoração em razão da existência de condenação anterior advém do fim de ressocialização, fazendo-se necessária para que o agente seja motivado ao respeito ao ordenamento e não volte a delinqüir. A reincidência, como se vê, é analisada em momento posterior, sendo elemento estranho ao juízo acerca da necessidade de pena.

Desta forma, não sendo a reincidência considerada como fundamento de pena, por incoerente com um direito penal do fato, não pode, haja vista que não é, ser considerada inconstitucional.

A elevação da pena em razão da reincidência integra a prevenção especial positiva, fazendo-se necessária à reinserção social do autor de um delito. Por verdadeira expressão do princípio da individualização, não fere a culpabilidade nem a proporcionalidade.

<sup>17</sup> NORONHA, E. M. *Direito penal - parte geral*. p. 251.

<sup>18</sup> BRUNO, A. *Direito penal*. p. 111.

<sup>19</sup> ZAFFARONI, E. R. *Manual de direito penal brasileiro*. p. 840.

<sup>20</sup> STRECK, L. *Tribunal do júri: símbolos e rituais*. p. 66. *apud* OLIVEIRA, Rodrigo Moraes de. *Fatores subjetivos na medição da pena*. p. 119.

Consoante o entendimento acima esboçado, tal como o instituto dos antecedentes, é, pois, constitucional a reincidência, guardando total coerência com os preceitos inerentes ao Estado de Direito.

## Conclusão

Submetendo a realidade prática do instituto a uma análise essencialmente jurídica, com fundamento nos princípios informadores de nosso sistema jurídico-penal, sem, no entanto, olvidar os preceitos de política criminal, a qual, como se demonstrou, exerce importantíssimo papel complementar e do primeiro não se dissocia, colocamos em *xoque* a atividade judicial.

Aqui, oportuno se faz ressaltar que deixamos à parte todas as especulações de cunho sociológico acerca da efetividade ou não de nosso sistema punitivo; a pesquisa ateu-se ao aspecto jurídico da atividade judicial no momento da quantificação das penas, haja vista que o fim ao qual nos propusemos foi demonstrar se procedem ou não os magistrados de acordo com os fins das penas eleitos por nosso sistema jurídico.

Da análise de cada circunstância, bem como dos aspectos mais relevantes de cada uma, constatou-se a hipótese levantada; existe uma infinita distância entre a individualização das penas, cerne da fixação e quantificação das reprimendas, e a realidade forense.

As razões, como demonstramos, são várias.

A principal delas, em nosso modesto entender, é a falta de conhecimento jurídico de nosso corpo de magistrados. Preocupados demasiadamente com a formação do juízo de culpa, relegam a fixação do *quantum* de pena a um segundo plano e não se interessam em, efetivamente, interpretar as circunstâncias que nele influenciam de uma forma coerente com os fins de nosso sistema punitivo.

O que se vislumbra no dia-a-dia forense é vergonhoso. Fórmulas imprecisas e totalmente desprovidas de conteúdo são empregadas para mascarar a falta de coerência interpretativa; impera, ante a ausência de compromisso com as finalidades político-criminais, uma verdadeira ditadura da jurisprudência, o que revestiu o sistema trifásico de características matemáticas, em total desprezo às garantias individuais, arduamente conquistadas ao longo dos anos; e a necessidade de resposta social e política macula de tal forma o instituto que outros passam a ser os elementos informadores.

Partindo de uma perspectiva garantista do direito penal, única concebível dentro de um Estado de Direito, tentamos deslegitimar o automatismo que

se incorporou à aplicação do sistema trifásico e pôs por terra a individualização e as finalidades preventivas.

O sistema jurídico-penal se legitima pela necessidade de proteção aos bens jurídicos, valores considerados essenciais dentro de um grupo social. A pena, por conseqüência, só é legítima desde que e à medida que atende a tal finalidade, deixando de lado concepções de cunho retributivo para privilegiar a prevenção.

Esperamos que o presente trabalho suscite uma redefinição prática dos conceitos, com fundamento no respeito às garantias individuais, de modo que a atividade judicial se amolde e passe a respeitar as finalidades prescritas em nosso ordenamento.

Enfim, é a pesquisa uma denúncia de práticas abusivas já *institucionalizadas*, demonstrando a nossa indignação para com a afronta que representam à dogmática jurídica e à política criminal e que, por essa razão, urge serem revistas.

## Referências bibliográficas

- ALBERGARIA, J. *Das penas e da execução penal*. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
- AZEVEDO, D. T. *As causas de aumento e diminuição do direito penal*. Tese de Doutorado - Universidade de São Paulo. São Paulo, 1995.
- BASTOS, C. R. *Curso de direito constitucional*. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- BITTENCOURT, C. R. *Manual de direito penal – parte geral*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- BECCARIA, C. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- BRUNO, A. *Das penas*. 4 ed. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976.
- CARRASQUILLA, F. *Derecho penal fundamental – Tomo II*. Bogotá: Editora Temis – S.A, 1998.
- CERNICHLARO, L. V. JÚNIOR, P. J. C. *Direito penal na constituição*. 2 ed. São Paulo: RT, 1991.
- CRUZ, W. R. *As penas alternativas no direito penal*. São Paulo: Editora de Direito, 2000.
- DINIZ, M. H. *Dicionário jurídico*. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1998.
- DINIZ, M. H. *Dicionário jurídico*. v. 3. São Paulo: Saraiva, 1998.

FERRI, E. **Princípios de direito criminal**. 2 ed. Campinas: Bookseller, 1999.

JÚNIOR, A. O. P. **A dosimetria em casos de reincidência**. Dissertação de Mestrado. Universidade do Vale do Itajaí. Vale do Itajaí, 2001.

LISZT, F. V. **Tratado de derecho penal – Tomo III**. 3 ed. Madrid: Instituto Editorial Réus, 1972.

MAGALHAES NORONHA. **Direito penal**. v.1. 32 ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

MUAKAD, I. B. **Pena privativa de liberdade**. São Paulo: Atlas, 1996.

OLIVEIRA, R. M. **Fatores subjetivos na medição da pena**. Dissertação de mestrado – Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 1999.

PRADO, L. R. **Curso de direito penal brasileiro – parte geral**. v.1. São Paulo: RT, 2002.

ROXIN, C. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Rio de Janeiro – São Paulo: Renovar, 2000.

ROXIN, C. **Problemas fundamentais de direito penal**. 3 ed. Lisboa: Vega, 1998.

ROXIN, C. **Derecho penal – parte general: fundamentos, la estructura de la teoria del delito**. 2 ed. Madrid: Civitas, 1997.

SILVA SÁNCHEZ, J. M. **Política criminal y nuevo derecho penal**. Barcelona: J. M. Bosh Editor, 1997.

SILVA, J. A. **Curso de direito constitucional positivo**. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

TOLEDO, F. A. **Princípios básicos de direito penal**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

VIEIRA, M. L. A. SANTOS, P. S. **Análise da personalidade para fixação da pena: contradições e ilegalidades no artigo 59 do Código Penal**. **Revista de informação legislativa do senado federal**. Brasília. v. 36. n° 141. janeiro/março. 1999. p. 111/118.

ZAFFARONI, E. R. **Em busca das penas perdidas**. 5 ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2001.