



**FACULDADE BAIANA DE DIREITO**  
**CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**RENATA DE CARVALHO CAMPOS**

**O CONTEÚDO DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DE**  
**APLICAÇÃO DA PENA**

Salvador  
2013

**RENATA DE CARVALHO CAMPOS**

**O CONTEÚDO DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DE  
APLICAÇÃO DA PENA**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Daniel Nicory do Prado

Salvador  
2013

## TERMO DE APROVAÇÃO

**RENATA DE CARVALHO CAMPOS**

### **O CONTEÚDO DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DE APLICAÇÃO DA PENA**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em  
Direito, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Salvador, \_\_\_\_/\_\_\_\_/ 2012

*Ao Deus Todo-Poderoso, porque Dele,  
por Ele e para Ele são todas as coisas.  
Aos meus melhores amigos, meu pai  
João e minha mãe Patrícia, por serem  
tão incríveis e me amarem tanto.*

## **AGRADECIMENTOS**

Como não poderia deixar de ser, agradeço primeiramente ao meu querido e amado Deus. Meu criador, meu protetor, meu maior incentivador e a razão do meu viver.

Agradeço, sempre e para sempre, a meus pais. É preciso muito amor e paciência para aguentar uma aluna de final de curso da Baiana.

Agradeço ao meu Prof. Orientador Daniel Nicory, pela excelente orientação, a enorme paciência com os meus inúmeros e-mails, e por ter sido tão prestativo desde o início até à conclusão deste trabalho.

Agradeço a minha amiga e co-orientadora Gabriela Oliveira Moreira, por ter compartilhado comigo seu conhecimento em Direito Penal e Metodologia da Pesquisa. Sem dúvida, foi peça fundamental para a conclusão deste trabalho. Obrigada por ser o maravilhoso ser humano que você é, Gaby.

Agradeço, de coração, a todos os colegas da Turma 10B, por todo o carinho, palavras de incentivo, companheirismo, cobranças etc. Essa foi a melhor turma da qual eu fiz parte e estará para sempre na minha memória.

Dentre os colegas, faço um agradecimento especial a Silvana e Tiago, que acompanharam de perto essa minha caminhada e sempre me apoiaram muito.

Agradeço aos professores Roberto Gomes, Ana Thereza e Daniela Portugal, por toda a ajuda, ainda que de um simples contato, mas que fez toda a diferença.

Por fim, agradeço aos funcionários da Biblioteca da Faculdade Baiana de Direito por serem tão atenciosos e eficientes. O trabalho árduo de escrever uma monografia sem dúvida fica mais proveitoso com o constante contato com vocês.

## RESUMO

O presente trabalho traz uma análise acerca do conteúdo e valoração das circunstâncias judiciais estabelecidas no art. 59 do Código Penal, com um enfoque na discussão sobre se as circunstâncias judiciais personalidade do agente e conduta social correspondem ao direito penal do autor ou do fato. Para tanto, faz-se necessário, primeiro, estudar o princípio da individualização da pena e as suas etapas (cominação, aplicação e execução). Na primeira etapa, o legislador discrimina as sanções cabíveis, delimita as espécies delituosas e estabelece o preceito sancionar dos tipos penais, com limites mínimos e máximos. Na aplicação da pena, o juiz deverá se valer das circunstâncias judiciais, objeto de estudo deste trabalho, para fixar a pena-base para o delinquente. No momento da execução da pena, o juiz da execução estará adstrito ao determinado pela sentença condenatória para executar a pena do delinquente, de acordo com as suas características pessoais e comportamento. Adentrando no estudo da aplicação da pena, percebe-se que esta é dividida em três momentos: a fixação da pena-base e aplicação das circunstâncias judiciais, a fixação da pena-provisória com a aplicação das circunstâncias legais e a fixação da pena-definitiva e a aplicação das causas de aumento e de diminuição. Por fim, no capítulo destinado ao estudo específico das circunstâncias judiciais, são analisados entendimentos doutrinários conflitantes acerca do conteúdo e da valoração de cada uma das circunstâncias. É dada uma atenção especial à análise da valoração ou não da personalidade do agente e da conduta social, estudando-se se estas circunstâncias dizem respeito ao direito penal do autor ou do fato.

**PALAVRAS-CHAVE:** Individualização da pena; Método trifásico de aplicação da pena; Circunstâncias judiciais; Personalidade do agente; Conduta social; Direito penal do autor.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b>	8
<b>2 INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA</b>	10
2.1 DO CONCEITO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA	10
2.2 ETAPAS DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA	11
<b>2.2.1 Cominação da pena</b>	12
<i>2.2.1.1 Das formas de cominação da pena</i>	15
<b>2.2.2 Aplicação da pena</b>	16
<i>2.2.2.1 Da fundamentação da sentença</i>	17
<b>2.2.3 Execução da pena</b>	18
<b>3 MÉTODOS DE APLICAÇÃO DA PENA</b>	21
3.1 O MÉTODO BIFÁSICO DE ROBERTO LYRA	21
3.2 O MÉTODO TRIFÁSICO DE NELSON HUNGRIA	22
3.3 PENA-BASE E A APLICAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS	24
<b>3.3.1 O ponto de partida para fixação da pena-base. Utilização ou não do termo médio</b>	24
<b>3.3.2 Regras para quantificação da pena-base</b>	28
3.4 PENA-PROVISÓRIA E A APLICAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS LEGAIS	30
<b>3.4.1 Características das circunstâncias legais</b>	30
<b>3.4.2 O <i>quantum</i> de incidência e os limites existentes para a aplicação das circunstâncias legais</b>	31
3.5 PENA-DEFINITIVA E A APLICAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS ESPECIAIS	33
<b>3.5.1 Diferença entre causas especiais de aumento ou de diminuição e circunstâncias judiciais e legais</b>	33
<b>3.5.2 Diferença entre causas especiais de aumento ou de diminuição e qualificadoras</b>	34
<b>3.5.3 Requisitos para reconhecimento das causas especiais de aumento e de diminuição</b>	35
<b>4 AS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS PREVISTAS NO ART. 59 DO CÓDIGO PENAL</b>	36
4.1 CULPABILIDADE	36
4.2 ANTECEDENTES	37

4.3 CONDUTA SOCIAL	41
4.4 CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME	43
4.5 MOTIVOS	44
4.6 PERSONALIDADE DO AGENTE	46
<b>4.6.1 Definição</b>	46
<b>4.6.2 (Im)possibilidade de valoração pelo juiz</b>	48
<i>4.6.2.1 Posicionamentos desfavoráveis à valoração da personalidade do agente pelo juiz</i>	48
<i>4.6.2.2 Posicionamentos favoráveis à valoração da personalidade do agente pelo juiz</i>	51
4.7 CONSEQUÊNCIAS DO CRIME	55
4.8 COMPORTAMENTO DA VÍTIMA	55
4.9 ANÁLISE CRÍTICA DA PERSONALIDADE DO AGENTE E DA CONDUTA SOCIAL	58
<b>5 CONCLUSÃO</b>	61
<b>REFERÊNCIAS</b>	68

## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa fazer uma análise do conteúdo das circunstâncias judiciais constantes no art. 59 do Código Penal, a saber, a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade do agente, os motivos do crime, as circunstâncias do crime, as consequências do crime e o comportamento da vítima.

Para tanto, são trazidos entendimentos doutrinários divergentes acerca do que consiste cada uma das circunstâncias judiciais e quando se dá a sua aplicação e valoração pelo juiz.

Além disso, é dado um enfoque especial à discussão acerca das circunstâncias judiciais personalidade do agente e conduta social: se elas correspondem ao direito penal do autor ou do fato.

O tema se mostra de grande importância tanto jurídica quanto social, pois a etapa de aplicação da pena busca cumprir o mandamento do princípio da individualização da pena no sentido de atribuir a cada indivíduo delinquente a pena mais adequada possível. E, para que o magistrado possa realizar esta tarefa, necessário se faz que ele tenha domínio da extensão do conteúdo de cada circunstância judicial, além de discernir quais ele deve valorar ou não.

Portanto, o objetivo deste trabalho consiste, a partir dos entendimentos doutrinários, em buscar definir o conteúdo essencial de cada uma das circunstâncias judiciais.

Além disso, tem como objetivo trazer à baila os entendimentos doutrinários divergentes acerca do enquadramento da personalidade e da conduta social no direito penal do fato ou direito penal do autor, e, por conseguinte, a sua incidência ou não na fixação da pena-base.

Para que se chegue à análise das circunstâncias judiciais, é preciso que primeiro se relate sobre o princípio da individualização da pena, o seu conceito e as suas etapas. Com um breve relato histórico, é definido o conceito de individualização da pena aceito hodiernamente.

A primeira etapa consiste na cominação da pena, na qual o legislador discrimina as sanções cabíveis, determina os tipos penais e formula o preceito sancionar das normas incriminadoras. A segunda etapa é a qual o juiz da condenação irá fixar a

pena para o delinquente. É nesta etapa que incide as circunstâncias judiciais, objeto de estudo do trabalho. Para aplicar a pena, o magistrado deve fazer uso da discricionariedade que lhe é atribuída e também obedecer aos limites impostos pela lei. Além disso, é de fundamental importância a fundamentação da sentença.

A última etapa da individualização da pena é a execução. A partir do estabelecido na sentença condenatória, o juiz da condenação irá individualizar da melhor forma o cumprimento da pena para o réu.

No capítulo seguinte, já adentrando na análise da etapa de aplicação da pena, é feita uma comparação entre os métodos inicialmente propostos para a aplicação da pena: o método bifásico, proposto por Roberto Lyra e o método trifásico, proposto por Nelson Hungria.

Posteriormente, passa-se à análise dos três momentos em que se divide a aplicação da pena: a fixação da pena-base, a fixação da pena-provisória e a fixação da pena-definitiva.

O ponto de partida para a fixação da pena-base é objeto de estudo, devido à divergência existente na doutrina. Além disso, os limites que deve obedecer o juiz para a sua aplicação e as regras para quantificação.

Acerca da pena-provisória, é tratado das características das circunstâncias legais atenuantes e agravantes, seus limites de aplicação e qual deve ser o seu *quantum* de incidência, pois indefinido pelo legislador. De acordo com a proposta do trabalho, não se faz um estudo específico sobre cada uma das circunstâncias legais.

Por fim, na fixação da pena-definitiva, o magistrado deve fazer uso das causas de aumento e diminuição. É feita a diferenciação das circunstâncias especiais das circunstâncias judiciais, das circunstâncias legais e das qualificadoras. Aqui, novamente, não é tratado especificamente sobre cada uma das majorantes e minorantes, pois que excederia os limites inerentes a este trabalho de conclusão de curso.

No último capítulo, referente ao tema de pesquisa, cada uma das circunstâncias judiciais é analisada separadamente.

## 2 INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

### 2.1 DO CONCEITO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

O princípio da individualização da pena está expressamente previsto no art. 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal, nos seguintes termos “a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos”.

Para uma melhor compreensão do conteúdo e significado deste princípio, necessária se faz uma breve análise da sua evolução histórica (BOSCHI, 2013, p.143).

Na Antiguidade, quando um indivíduo praticava um delito, a sanção aplicada a ele como castigo se dava para além da sua individualidade. Tudo e todos que se relacionassem com ele poderiam vir a sofrer consequências por sua prática delituosa (BOSCHI, 2013, p.143). Imperava, então, o princípio da flexibilidade da pena, segundo o qual o magistrado poderia escolher, de acordo com seu livre-arbítrio, a pena adequada para o caso concreto (SCHECAIRA, 2002, p. 82).

Diante deste cenário, pensadores iluministas foram inspirados a lutar por uma “nova economia jurídica”, na qual a aplicação das penas se desse segundo a humanidade e a proporcionalidade. Neste momento, a França passava por uma Revolução e nascia o Estado liberal e moderno (BOSCHI, 2013, p. 143). Em 1791, foi editado o Código Penal francês, demonstrando o primeiro avanço para longe da crueldade e arbitrariedade com que se dava a aplicação das penas na Idade Média (BOSCHI, 2002).

Entretanto, com a promulgação deste Código Penal, a mudança foi radical, indo de um extremo a outro: se antes o magistrado tinha em suas mãos o pleno poder de aplicar a pena conforme lhe entendesse por bem, agora ele estaria totalmente limitado pela lei, pois foi criado um sistema rígido, de pena certa, fixa e pré-determinada. Se antes o magistrado podia adequar a pena ao caso concreto, mesmo que por meio da sua arbitrariedade, com o Código Penal francês de 1791,

ele se transformou em mero reprodutor da lei, atuando de maneira mecânica (SCHECAIRA, 2002, p. 82).

Por isso, “para contornar esse engessamento, os franceses, em 1810, editaram uma ampla reforma, para estabelecerem, em seu Código Penal, salvo em relação às penas perpétuas, máximos e mínimos dentro dos quais o juiz poderia se mover para estabelecer a medida concreta da pena” (BOSCHI, 2013, p.144), visto que “seu sistema de penas fixas afrontava ao princípio da igualdade perseguido pela Revolução Iluminista” (BOSCHI, 2002).

Diante dessa mudança, pode-se afirmar que surgiu certo equilíbrio para a aplicação da pena. Ou seja, a lei determinaria previamente a pena para determinado crime, mas não de forma absoluta e imutável, e sim com uma margem mínima e máxima, dentro das quais o magistrado teria liberdade para, diante do caso concreto, adequar da melhor forma (proporcionalmente) a pena ao delinquente<sup>1</sup>.

Com todos esses avanços, surge então o princípio da individualização da pena, segundo o qual um sujeito que comete um delito tem o direito, tem a garantia (BOSCHI, 2013, p. 143) de ter uma pena individual, original e única.

## 2.2. ETAPAS DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

O princípio da individualização da pena pode ser entendido sob três perspectivas (etapas) distintas, a depender do momento em que o mesmo é observado (SCHECAIRA, 2002, p. 83). De acordo com José Antônio Paganella Boschi (2013, p. 149), o primeiro autor a tratar do princípio da individualização da pena sob esta ótica trifásica foi Raymond Saleilles.

Há, então, a etapa legislativa (cominação da pena), a etapa judicial (aplicação da pena) e a etapa executiva (execução da pena), que, apesar de serem etapas distintas, “se interpenetram e se complementam” (MARQUES, 2002, p. 271). Uma etapa é pressuposto para a outra: na cominação da pena é estabelecido o norte para a aplicação da pena e na execução da pena o juiz está adstrito ao estabelecido na aplicação da pena.

---

<sup>1</sup> Neste sentido, diz Aníbal Bruno (1984, p.102) que no Direito Penal moderno não há nem uma determinação absoluta, nem uma absoluta indeterminação da pena.

### 2.2.1 Cominação da pena

A primeira etapa da individualização da pena é a individualização legal, destinada ao legislador infraconstitucional. De acordo com José Frederico Marques (2002, p. 271), a individualização legislativa ocorre quando o legislador penal: “discrimina as sanções cabíveis, delimita as espécies delituosas e formula o preceito sancionador das normas incriminadoras, ligando a cada um dos fatos típicos uma pena que varia entre um mínimo e um máximo claramente determinados”.

Para uma melhor compreensão do conceito, uma análise separada de cada ato do legislador se mostra o ideal.

Primeiramente, diz Marques que na individualização legislativa da pena o legislador deve “discriminar as sanções cabíveis”. O Código Penal prevê, no seu art. 32, três espécies de pena, a saber, as penas privativas de liberdade, as penas restritivas de direitos e a pena de multa.

Além disso, a Constituição Federal estabelece no art. 5º, inciso XLVI, um rol de penas que poderão ser adotadas na individualização. Trata-se de rol exemplificativo, permitindo-se ao legislador a criação de outras penas. Se for o caso, o legislador deve se atentar para a finalidade da pena, criando penas que sejam semelhantes e compatíveis com as já existentes e que respeitem os princípios do Estado Democrático de Direito (SCHECAIRA, 2002, p.83).

Nessa esteira, é importante mencionar também que a Constituição Federal impôs um limite expresso ao papel criador do legislador. As penas previstas no art. 5º, inciso XLVII<sup>2</sup>, são vedadas ao sistema de penas brasileiro (SCHECAIRA, 2002, p.83). Segundo expõe José Antônio Paganella Boschi (2002, p.102), a escolha do legislador por penas cruéis, desumanas ou infamantes, seria um retrocesso, seria ir de encontro ao proposto pelo princípio da individualização da pena.

Como já dito anteriormente, na Antiguidade as penas eram totalmente arbitrárias e sem respeito aos direitos do homem. A lenta evolução da humanidade levou à criação do princípio da individualização da pena, que assegura ao indivíduo uma pena justa, adequada ao delito praticado e, principalmente, de acordo com os

---

<sup>2</sup> Art. 5º, XLVII - não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis.

direitos humanos já adquiridos até os dias de hoje.

Além de discriminar as sanções cabíveis, afirma José Frederico Marques que o legislador deve “delimitar as espécies delituosas”, ou seja, definir os tipos penais. Agente político que é, o legislador se utiliza de critérios diversos para definir os tipos penais, tais como, sociais, ideológicos, políticos, econômicos etc (BOSCHI, 2013, p.149).

De acordo com Ionilton Pereira do Vale (2008, p.460-461), na criação das normas penais, o legislador obedece a três princípios:

a) O princípio do *in dubio pro libertate*, no sentido de que a liberdade dos cidadãos é um dos valores supremos da sociedade, logo, num sistema em que a espécie de pena principal é a privativa de liberdade, o legislador deve se abster de criminalizar condutas quando houver dúvidas sobre a lesividade e a necessidade de tal criminalização. E, além disso, deve estar atento às mudanças sociais que levem à descriminalização de condutas que não mais estejam em conformidade com a concepção de direito penal mínimo (VALE, 2008).

Ricardo Augusto Schmitt (2007, p.521) defende com veemência a característica de subsidiariedade do Direito Penal. Segundo o autor, para que o legislador tipifique uma conduta, deve restar provada de plano a vital importância do bem jurídico e a inexistência de outro ramo do Direito capaz de protegê-lo.

Além disso, também é necessário que o legislador busque critérios que revelem ser determinada conduta merecedora de sanção penal e, “nesse contexto, deve sempre (e sempre) pairar o princípio da proporcionalidade”, para que a pena determinada seja a adequada e proporcional, levando em conta a importância do bem jurídico e o grau de ofensividade da conduta.

b) O princípio da tolerância, “que supõe a aceitação de um certo nível de conflito social sem reação jurídico-penal e que supõe a aceitação de uma sociedade pluralista aberta a eventual modificação de certas perspectivas criminalizadoras” (VALE, 2008, p.460).

Na esteira da ideia de subsidiariedade do Direito Penal, existem condutas que sequer merecem apreciação de qualquer ramo do Direito. A sociedade é composta por indivíduos únicos de todas as maneiras, que, por vezes, enfrentarão conflitos devido às diferenças. O legislador deve possuir a sensibilidade para saber discernir

aquelas condutas que, digamos, sempre farão parte da sociedade, como um aspecto inerente às relações sociais, que podem ser resolvidas sem a interferência do Direito.

c) “O princípio de abstenção de tarefas de ingerência social, que impede que as decisões legislativas sejam tomadas com o fim de produzir modificação nos comportamentos sociais não desviados” (VALE, 2008, p.461). O legislador deve evitar tomar decisões e tipificar condutas por “pressão social”. Por vezes, como consequência a um crime absurdo, a sociedade clama por uma postura legislativa imediata, como a tipificação de determinada conduta. “É a chamada legislação de ímpeto em que a tomada de decisões é precedida de forte clamor social” (VALE, 2008, p.461).

Por fim, diz Marques que o legislador deve “formular o preceito sancionador das normas incriminadoras, ligando a cada um dos fatos típicos uma pena que varia entre um mínimo e um máximo claramente determinados”. Este é um momento crucial na individualização feita pelo legislador, pois é quando ele estabelece um limite mínimo e máximo e deixa um espaço aberto para que o juiz do processo de conhecimento aplique a quantidade de pena que entender adequada, de acordo com o caso concreto.

É a chamada “individualização relativamente determinada da pena” (MARQUES, 2002, p.273), ou seja, o poder absoluto para determinar a pena não está nem nas mãos do legislador e nem nas mãos do magistrado. Há um equilíbrio entre os Poderes Legislativo e Judiciário, e neste momento da individualização da pena é quando se dá a maior interação entre os dois: o legislador determina um limite; o juiz tem discricionariedade para atuar dentro deste limite.

É de fundamental importância que o legislador esteja atento ao princípio da proporcionalidade quando for estabelecer as penas pré-fixas, para que haja razoabilidade entre a proteção do bem jurídico pelo tipo penal e a quantidade de pena prevista como sanção para esse delito (SCHMITT, 2007, p.523).

### *2.2.1.1 Das formas de cominação da pena (MARQUES, 2002, p.279-282)*

O legislador estabelece as cominações das sanções tanto na parte especial quanto na parte geral do Código Penal. Além disso, também é possível encontrar a cominação das sanções em leis especiais. As espécies de pena, previstas no art. 32 do Código Penal, são as privativas de liberdade, as restritivas de direitos e as de multa. Já as medidas de segurança são cominadas na parte geral do Código Penal, nos arts. 96 a 99.

Na parte especial do Código Penal, para cominar as sanções, o legislador penal se vale de uma técnica. Após prever o tipo penal, o legislador estabelece as penas principais, fixando os limites mínimo e máximo para sua aplicação. Então, é estabelecido o preceito primário e logo abaixo a cominação da pena. Por exemplo, o art. 121 do Código Penal prevê o tipo penal “matar alguém”, e logo abaixo é cominada a sanção, com o tipo de pena e os limites para sua aplicação “Pena – reclusão de 6 a 20 anos”.

É possível que para o tipo básico da figura delituosa, seja prevista uma figura qualificada. Nesse caso, o legislador pode cominar a sanção de duas maneiras.

Ele pode seguir a mesma técnica que utilizou para o tipo básico, ou seja, estabelece uma figura qualificada (derivada, portanto, do tipo básico), porém com uma sanção própria. Seria um outro preceito primário com o seu respectivo preceito secundário. Por exemplo, no art. 121, §2º, o Código Penal estabelece cinco modalidades de homicídio qualificado, e prevê como sanção a pena de reclusão de 12 a 30 anos.

Outra maneira que o legislador pode adotar para o caso da forma qualificada do tipo básico é estabelecer uma causa de aumento para este tipo. Portanto, o preceito primário continua o mesmo, o que mudará é o preceito secundário, que sofrerá um aumento se se verificar determinada circunstância. Esse aumento de pena pode ser fixo (como por exemplo, no art. 121, §4º) ou variável (como por exemplo, no art. 157, §2º).

A cominação das sanções também é encontrada em leis especiais, como por exemplo, na Lei das Contravenções Penais.

Já na parte geral do Código Penal, o legislador estabeleceu as penas acessórias, as

medidas de segurança e, além disso, algumas previsões de aumento ou diminuição de pena, para os tipos penais previstos na parte especial do Código.

### **2.2.2 Aplicação da pena**

A segunda etapa da individualização da pena é a judicial, feita pelo juiz da condenação. A função do magistrado nesta etapa é aplicar concretamente a pena para o indivíduo, partindo das penas abstratamente estabelecidas pelo legislador.

Na etapa da individualização judicial, primeiramente o juiz deverá ver “enquadrada a conduta delituosa na figura típica do preceito primário da norma penal” (MARQUES, 2002, p.286). A conduta humana tida como delituosa tem que corresponder a um tipo penal previsto abstratamente na lei. Tendo sido provado, então, esse fato típico, e tendo o juiz diante de si um indivíduo concreto, ele deverá partir para a fixação da pena (BOSCHI, 2002).

Para fixar a sanção penal, estabelecendo a quantidade de pena e o regime da condenação, o legislador penal deixou para o juiz um espaço em aberto, que deverá ser preenchido de acordo com as circunstâncias do caso concreto. O legislador está distante da realidade fática e ele não tem a capacidade de prever todas as situações que podem acontecer na sociedade.

Então, atendendo ao princípio da individualização da pena, ele transfere essa tarefa ao magistrado, que tem uma maior aproximação com o caso concreto e poderá, com a discricionariedade que lhe é atribuída, individualizar a pena da melhor forma para o delinquente (LUZ, 1994, p.283).

Por isso, para que haja uma efetiva individualização da pena, o legislador não pode prever abstratamente uma pena fixa, ao contrário, deve estabelecer um limite mínimo e máximo, dentro do qual o juiz poderá dosar a pena de acordo com as circunstâncias do caso concreto (SCHECAIRA, 2002).

Individualizar significa justamente tornar único, ou seja, um indivíduo deve ter para si a pena que lhe é adequada, e não uma pena qualquer, genérica. O fato criminoso e o réu têm que ser tratados de forma única no decorrer da aplicação da sanção penal. Sendo assim, pode-se afirmar que não existe uma valoração dos fatos e do

indivíduo com um formato fixo, preestabelecido, que possa individualizar a pena. A aplicação da sanção penal não deve ser vista como uma simples operação matemática, pois não se trata o Direito de uma ciência exata. Cada caso tem as suas peculiaridades e cada indivíduo age de uma maneira diferente. (SCHMITT, 2007)

Além disso, deve-se ter em vista que, ao aplicar uma sanção penal, atinge-se um bem jurídico de grande valia para a sociedade – a liberdade – e, por isso, deve-se sempre se observar a proporcionalidade, no sentido de ser aplicada a sanção necessária e suficiente para a reprovação de determinada conduta. Portanto, mesmo estando o juiz adstrito ao limite mínimo e máximo imposto pelo legislador, ele deverá, dentro deste limite, buscar estabelecer a sanção mais justa para a reprovação da conduta (SCHMITT, 2007).

Para fixar a pena de forma justa, o magistrado se vale da observância dos diversos fatores estabelecidos pela lei, levando em consideração o caso concreto. Diante do preceito primário (tipo penal) e o seu respectivo preceito secundário (sanção penal), o juiz tem que partir para a análise das circunstâncias que a lei traz para orientar a graduação da pena (método trifásico). O art. 59 do Código Penal serve como regra orientadora nesta fase da individualização, ao trazer critérios subjetivos e objetivos que guiam o juiz para estabelecer a pena-base, como se verá mais adiante. (MARQUES, 2002)

#### *2.2.2.1 Da fundamentação da sentença*

O legislador atribuiu ao juiz o poder de agir com discricionariedade no momento da aplicação da pena. Porém, essa ampliação da apreciação judicial deve necessariamente vir acompanhada de uma fundamentação. (ZAFFARONI, 2009, p.707)

A exigência de fundamentação nas decisões judiciais está prevista na Constituição Federal, art. 93, inciso IX, que dispõe: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade (...)”.

Para que seja cumprida a exigência de fundamentação, não basta que conste na sentença “frases ou palavras quaisquer, a pretexto de cumpri-la” (VALE, 2008) ou “uma menção genérica aos artigos do Código Penal, que não torne perfeitamente conclusiva a razão que levou o magistrado a assim decidir, no caso concreto” (ZAFFARONI, 2009, p.707).

A sentença penal deve trazer uma fundamentação que deixe claro a inteligência que o juiz utilizou para chegar à sua conclusão, ou seja, os fatos que ele avaliou e como os valorou, os dispositivos legais que utilizou, os precedentes judiciais referenciados, os motivos que o levou a estabelecer para mais ou para menos a quantidade de pena etc.

A sentença elaborada sem a devida fundamentação é considerada nula, uma vez que estará impedida de sofrer críticas, pois se não tem fundamentação, não é possível se verificar se está adequada ou inadequada às normas legais. (ZAFFARONI, 2009, p.707)

Acerca da exigência de fundamentação das decisões judiciais, é possível dizer também que se trata de um direito subjetivo do condenado, pois o Estado está se utilizando do seu poder punitivo para aplicar uma sanção a um indivíduo, e esse indivíduo tem o direito de saber os devidos motivos de estar sendo punido, tendo sua liberdade cerceada (VALE, 2008).

Entretanto, “embora a alusão frequente ao acusado, esse direito não lhe é exclusivo, já que o acusador, quando movimenta o Judiciário com denúncia ou queixa, assim o faz em defesa de interesse estatal, público” (BOSCHI, 2013), e, por isso, também tem o direito de saber os motivos que levaram à condenação.

### **2.2.3 Execução da pena**

A terceira etapa da individualização da pena é a etapa executória, quando o juiz deve executar a sanção cominada na sentença condenatória. É correto dizer que é nesta etapa que a pena é efetivamente individualizada, tornando completo e concreto o que assegura o princípio da individualização da pena (SCHMITT, 2007).

Tal como o juiz da condenação (na etapa judicial) encontra limites impostos pelo legislador, também o juiz da execução estará adstrito ao que foi estabelecido pelo juiz da condenação na sentença.

O juiz da execução, ao executar a pena, não poderá modificar o disposto na sentença condenatória para prejudicar o condenado (VALE, 2008, p.463-468), porque “a garantia da individualização indica que a execução da pena na quantidade e no regime apontados na sentença não pode sofrer desvios” (BOSCHI, 2002). O papel do juiz da execução tem a ver efetivamente com a execução da pena, a maneira como o condenado irá cumprir a pena que lhe foi imputada.

Nessa fase da individualização da pena existe uma colaboração entre os membros do Poder Judiciário e os membros do Poder Executivo, que são os agentes penitenciários, os diretores dos estabelecimentos prisionais etc. (BOSCHI, 2013).

De acordo com a Constituição Federal, no seu art. 5º, inciso XLVIII<sup>3</sup>, ao cumprir a pena que lhe foi imposta, o condenado deverá receber um tratamento diferenciado, ou seja, terá ele o direito de cumprir a pena em um estabelecimento distinto, de acordo com a sua idade, sexo e com a natureza do delito que praticou (SCHECAIRA, 2002).

A individualização da pena na execução penal garante ao indivíduo um cumprimento de pena adequado para si, de acordo com as suas características pessoais. Da mesma forma que o juiz da condenação leva em consideração características do fato e do indivíduo para determinar a sanção penal, o juiz da execução também deve adequar da melhor forma o cumprimento da pena ao condenado. (VALE, p.463-468)

Neste sentido, diz Sérgio Salomão Schecaira (2002, p.84) que “seria uma insensatez submeter à convivência diuturna alguém que teve sua condenação fundada em um simples furto ao lado de um assassino que cumpre pena por homicídio qualificado com requintes de crueldade”.

Portanto, para individualizar a pena durante a sua execução, o juiz deve se valer dos instrumentos legais postos à sua disposição, como o regime progressivo de cumprimento de pena privativa de liberdade (art. 33, Código Penal), a possibilidade

---

<sup>3</sup> Art. 5º, XLVIII - a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado;

de conversão da pena restritiva de direitos, o livramento condicional. (SCHECAIRA, 2002, p.85)

Impedir que haja uma progressão de regime seria colocar um óbice à correta aplicação do princípio da individualização da pena. Neste sentido, o art. 112 da Lei de Execução Penal (Lei n. 7.210/84) estabelece que haja um regime de progressão na execução da pena privativa de liberdade, a ser observado pelo juiz (VALE, 2008).

O ordenamento jurídico penal brasileiro se funda no princípio ressocializador da pena, e isso fica evidente ao se observar o art. 5º, inciso XLVII, da Constituição Federal, que prevê a vedação da pena de morte (salvo em caso de guerra declarada, art. 84, XIX) e da prisão perpétua. Se o constituinte estabelece uma vedação para situações que excluiriam de forma definitiva o indivíduo da sociedade, ele considera, portanto, que um dia, eventualmente, esse indivíduo condenado irá retornar ao convívio social, “independente do crime praticado, de sua natureza e de sua gravidade”. (SCHMITT, 2007)

Dessa forma, o período em que estiver cumprindo a pena que lhe foi imposta, o condenado deverá ser tratado de forma que, quando chegar o dia da sua liberdade, ele esteja apto para retomar o convívio social. A reaproximação do indivíduo à sociedade deve ser feita de forma gradativa, segundo o sistema de progressividade. E este tratamento deve ser individual, de acordo com o comportamento de cada condenado, porque cada um reage de uma forma à execução da sanção penal, devendo-se levar em conta “o mérito demonstrado na execução da pena que lhe foi aplicada”. (SCHMITT, 2007)

### 3 MÉTODOS DE APLICAÇÃO DA PENA

Até alguns anos atrás, existia uma discussão muito grande entre os operadores do Direito no que diz respeito ao método a ser adotado pelo juiz para a aplicação da garantia da individualização da pena. Havia aqueles que defendiam a supremacia do método proposto por Roberto Lyra e aqueles que defendiam a superioridade do método idealizado por Nelson Hungria. Em 1984, a Lei n. 7209 produziu uma reforma na Parte Geral do Código Penal, que passou a adotar, expressamente, o método trifásico de Nelson Hungria, de acordo com a previsão do art. 68 (BOSCHI, 2002, p.108).

#### 3.1 O MÉTODO BIFÁSICO DE ROBERTO LYRA

O método proposto por Roberto Lyra consistia em duas fases<sup>4</sup>. Num primeiro momento, o juiz definiria a pena-base e, para isso, levaria em consideração, em conjunto, as circunstâncias judiciais e as circunstâncias legais, atenuantes e agravantes. Após isso, sobre a pena-base, o juiz deveria analisar a incidência das causas de aumento e de diminuição de pena, para se chegar à pena definitiva (BOSCHI, 2013, p.151).

De acordo com Guilherme de Souza Nucci (2009, p.164), a fundamentação para esse método “consiste na coincidência das circunstâncias judiciais com as legais, não havendo razões sólidas para separá-las”.

Adepto a este método, no qual não se separa a análise das circunstâncias judiciais da análise das circunstâncias legais, José Frederico Marques (2002, p.295-296) entende que essa apreciação em conjunto de todas as circunstâncias do crime seja mais racional e também mais indicada para a individualização da pena.

Isso porque, segundo o autor, o art. 59 manda que o juiz leve em consideração circunstâncias objetivas e subjetivas, além da gravidade do crime e da personalidade do agente, e se o juiz fizer uma análise das circunstâncias judiciais e

---

<sup>4</sup> Consonante entendimento de Roberto Lyra ver: NOGUEIRA, 1943, p.185; COELHO, 1942, p.331; GARCIA, 1964, p.11 e 1976, p.495; e em excelente artigo SALES, 1942, p.803.

legais num mesmo momento, ele terá uma visão mais completa e panorâmica desses elementos.

Além disso, continua o autor, diferente das causas de aumento e de diminuição de pena (previstas tanto na parte geral quanto na parte especial do Código Penal), que estabelecem expressamente o *quantum* a ser acrescido ou diminuído na pena, as circunstâncias legais não trazem uma quantidade específica de pena a ser aplicada pelo juiz. Tanto as circunstâncias judiciais quanto as circunstâncias legais previstas no Código Penal deixam a cargo do juiz o estabelecimento da quantidade de pena. Portanto, essa seria mais uma afinidade entre as duas espécies de circunstâncias (BOSCHI, 2013, p.160), o que corrobora para a análise delas em conjunto (MARQUES, 2002, p.295-296).

De fato, o Código Penal não estabelece quantidades determinadas de pena para atenuar ou agravar a pena quando presentes as circunstâncias legais. Porém, há de se ressaltar que, ao contrário das circunstâncias judiciais, as quais o juiz pode valorar negativa ou positivamente segundo a sua discricionariedade, as circunstâncias legais apresentam um caráter mais obrigatório de aplicação.

Quer dizer-se com isso que quando se verificar presente no caso concreto uma circunstância agravante ou atenuante, o juiz deverá necessariamente aplicá-la. Ele não pode fazer um juízo de valor para aplicar ou não a circunstância legal. Neste caso, o juízo de valor do magistrado será tão somente quanto à quantidade de pena a ser aplicada (BOSCHI, 2013, 161).

### 3.2 O MÉTODO TRIFÁSICO DE NELSON HUNGRIA

Não obstante o método de Roberto Lyra, o Código Penal, em seu art. 68, deixa clara a opção pelo método de Nelson Hungria para a individualização da pena.

Convencionou-se chamar o método de Nelson Hungria de “método trifásico”, justamente por ele estabelecer três fases distintas para a quantificação da pena. O juiz deve perpassar por três fases, e em cada uma delas analisar elementos distintos, que, porém, se interligam. (NUCCI, 2009, p.164)

Na primeira fase, o juiz irá determinar a pena-base, e para isso deve fazer uma

análise das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal. Posteriormente, para a definição da pena-provisória, o juiz deve analisar as circunstâncias legais, que poderão atenuar ou agravar a pena-base estabelecida. Por fim, deve o juiz analisar as causas de aumento e de diminuição previstas no Código Penal, tanto na parte especial quanto na parte geral, e com isso aplicar a quantidade de pena prevista sobre a pena provisória.

Nelson Hungria<sup>5</sup> (1942, p.525) apresentou algumas razões<sup>6</sup> para justificar a superioridade do seu método em relação ao método proposto por Roberto Lyra. Dentre elas, estão que:

a) Com a divisão da aplicação da pena em três fases distintas, é possível se estabelecer, na primeira fase, um ponto de partida, ou seja, uma pena-base que servirá como referência para uma eventual agravação ou atenuação da pena resultante das circunstâncias legais. Afinal, só é possível agravar ou atenuar um montante já definido;

b) Quando há dois momentos distintos para se analisar as circunstâncias judiciais e as circunstâncias legais, evita-se que se faça uma contraposição entre essas circunstâncias, levando a uma compensação ou superação de umas pelas outras. Como o Código Penal estabelece que as agravantes e atenuantes “sempre” agravam e atenuam a pena, seria impossível cumprir esse comando legal se a pena fosse estabelecida no mínimo, por causa de uma compensação entre as circunstâncias.

Para elucidar a superioridade do método trifásico, José Antônio Paganella Boschi (2013, p.152) traz um exemplo: “se apelasse para pretender expungir da pena a influência de certa agravante, o condenado só estaria em condições de antever o resultado prático de julgamento eventualmente favorável, se o *quantum* correspondente à agravante aparecesse explícito na sentença”. De acordo com o autor, essa antevisão não seria possível pelo método de Roberto Lyra, uma vez que o cálculo feito em duas etapas não deixa clarividente o *quantum* atribuído à determinada agravante.

Também de acordo com o método trifásico, Guilherme de Souza Nucci (2009, p.165)

---

<sup>5</sup> No mesmo sentido, DUARTE, 1942, p.315.

<sup>6</sup> Algumas dessas razões foram rebatidas por GARCIA, 1976, p.496.

diz que a escolha por esse método é a mais adequada porque ele permite um maior detalhamento do pensamento do juiz no momento de aplicar a pena. Com a divisão em três etapas distintas, a fixação da sanção penal torna-se mais clara, pois o juiz analisa separadamente os diversos elementos que dizem respeito ao crime e ao sujeito e deve estabelecer para cada análise a sua devida fundamentação.

### 3.3 PENA-BASE E A APLICAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS

A primeira fase do método trifásico de aplicação da pena é quando o juiz deve estabelecer a pena-base. O Código Penal não define exatamente o que é pena-base, porém, pela interpretação do art. 68, entende-se que a pena-base é o ponto de partida que o juiz deve estabelecer, de acordo com as circunstâncias do art. 59, e que irá servir de referência para as demais fases do método trifásico (BOSCHI, 2002, p.108-109).

Com relação à fixação da pena-base, é importante ressaltar que a lei estabelece limites. De acordo com o art. 59, inciso II do Código Penal, a pena-base deverá ser fixada dentro dos limites previstos abstratamente para o tipo penal. Portanto, a pena-base não poderá ser estabelecida nem aquém e nem além das margens que o legislador estabeleceu no preceito secundário do tipo penal (SCHMITT, 2007, p.526).

#### **3.3.1 O ponto de partida para fixação da pena-base. Utilização ou não do termo médio**

Existe uma divergência doutrinária acerca do ponto de partida que o julgador deve escolher para quantificar a pena-base. Alguns doutrinadores entendem que o julgador deve partir do termo médio e outros entendem que ele deve partir do mínimo legal. A expressão “termo médio” não está prevista expressamente no Código Penal, porém é amplamente utilizada pela doutrina e jurisprudência.

O termo médio nada mais é do que a metade do resultado da soma das margens

mínima e máxima cominadas abstratamente no tipo penal. Por exemplo: considerando-se “um crime punido com pena privativa de liberdade de reclusão de 2 (dois) e 10 (dez) anos, onde se conclui que o ponto médio corresponde a 6 (seis) anos” (SCHMITT, 2009, p.109).

Juarez Cirino dos Santos (2012, p.516) afirma que existem dois critérios para definir o ponto de partida para fixação da pena-base: “a) critério antigo, fundado em lógica matemática, propõe a média entre o mínimo e o máximo da pena cominada; b) critério moderno, fundado em razões humanitárias, propõe a pena mínima”.

Diz o autor que para decidir qual o melhor critério a se utilizar, basta analisar qual seria o mais benéfico para o réu. Considerando-se que o critério antigo determina aplicação da pena maior, prevalece então o critério moderno. Portanto, “o ponto de partida para fixação da pena-base deve ser o mínimo legal da pena cominada, conforme democrática prática judicial contemporânea”.

O critério antigo foi defendido por Nelson Hungria (1942, p.525) e Roberto Lyra (1942, p.526). O primeiro doutrinador dizia que, quando houvesse compensação entre as circunstâncias judiciais favoráveis e desfavoráveis ao réu (ou quando elas não pudessem ser avaliadas), deveria ser encontrado um termo médio, pois seria o mais razoável a se fazer.

Além desses autores, Sérgio de Andréa Ferreira (citado por FERREIRA, 2004, p. 64-66) também defende a utilização do termo médio como ponto de partida para a fixação da pena-base. Argumenta o autor que caso a pena-base partisse do grau mínimo, se tivesse alguma atenuante a favor do condenado, ele não poderia ser beneficiado por ela. Isso porque, a pena não poderia ser estabelecida abaixo do mínimo legal.

Gilberto Ferreira (2004, p.64-66) concorda que estabelecer um termo médio é o método mais racional para a aplicação da pena-base, pois, na fase seguinte, estão previstas circunstâncias que agravam ou atenuam a pena, e para agravar e atenuar é necessário que já exista uma quantidade de pena determinada. Porém, apesar de achar mais racional a utilização deste método, o autor não concorda que ele seja o mais correto. Para explicar o seu entendimento, ele traz um exemplo:

No recesso do lar, o marido agride a esposa, em quem causa lesões corporais de natureza leve. Para fixação da pena-base, o juiz parte do termo médio. Como para esse crime, nos termos do art. 129, a pena mínima é de

três meses e a máxima de um ano, o termo médio será de sete meses e 15 dias. E depois de analisar as circunstâncias judiciais, conclui que de um lado teria de agravar a pena em três meses, tendo em vista o grau de reprovabilidade da conduta e os motivos que eram insignificantes, mas que, de outro, teria que reduzir a pena igualmente de três meses, em virtude de possuir o agente bons antecedentes e ter a vítima, com seu comportamento impensado, colaborado intensamente para a eclosão dos acontecimentos. Assim, o juiz elevaria a pena para 10 meses e 15 dias e, em seguida, reduziria para os sete meses e meio, encontrando a pena-base, que outra não seria que o termo médio, sobre o qual procedeu as modificações. Portanto, caso não existissem circunstâncias agravantes ou causas de aumento ou de diminuição, a pena final para o caso seria a de sete meses e meio. Agora, utilize-se o mesmo raciocínio partindo da pena mínima, que seria de três meses. O juiz a elevaria para seis meses em virtude do acréscimo de três meses e reduziria de três meses, quedando-se obviamente em três meses, que seria a pena final.

Diante do exemplo, pode-se perceber que sempre que houver compensação entre as circunstâncias judiciais positivas e negativas, a pena-base será equivalente ao ponto de partida escolhido pelo julgador: ou o termo médio ou o mínimo legal.

Se ele escolheu fazer a valoração das circunstâncias judiciais a partir do termo médio, a pena-base será o termo médio. De outro lado, se partir da pena mínima, com a equivalência das circunstâncias, a pena-base será a pena mínima. Com tal demonstração, diz o autor, “fica claro que o método do termo médio, embora mais racional, prejudica o réu”. E como a lei não trata em nenhum momento da existência ou significado do termo médio, não caberia ao juiz, no uso da sua discricionariedade, estabelecer um método mais prejudicial ao réu.

Quando há equilíbrio entre as circunstâncias judiciais, ou seja, existem circunstâncias negativas e positivas e elas se compensam, a pena-base será igual ao ponto de partida. Portanto, se o ponto de partida adotado for o termo médio, na compensação das circunstâncias judiciais, o condenado terá a sua pena-base acima do mínimo legal, porém sem nenhuma justificativa para isso. Enquanto que, se o ponto de partida for o mínimo legal, na equivalência das circunstâncias judiciais, a pena-base seria o mínimo legal, o que se mostra mais justo para o condenado.

Quanto à questão trazida por Sérgio de Andréa Ferreira de que estabelecer a pena-base no mínimo legal impediria a aplicação de uma eventual atenuante, Gilberto Ferreira diz que isso também poderia ocorrer utilizando-se o método do termo médio.

Digamos que se utilize o termo médio para ser o ponto de partida. Sendo o caso de todas as circunstâncias judiciais se mostrarem favoráveis, o juiz atinge o mínimo

legal e estabelece a pena-base. Na fase seguinte, depara-se com uma atenuante que se aplica ao condenado. Neste caso, ainda que tenha partido do termo médio, o juiz estará impossibilitado de aplicar a atenuante, pois a lei proíbe que as circunstâncias legais sejam estabelecidas aquém da margem mínima prevista na lei.

De outro lado, partindo-se do mínimo legal para a fixação da pena-base, havendo compensação de circunstâncias judiciais que façam com que a pena-base seja fixada no mínimo legal, se for verificada a incidência de eventual atenuante sobre a pena-base, essa atenuante não poderá ser aplicada. Mas, pelo menos, a pena-base estará no mínimo legal, então o indivíduo não sofrerá um prejuízo tão grande, afinal, é a margem mínima prevista no preceito sancionador.

Portanto, se a pena-base for fixada no termo médio, será possível aplicar a atenuante. Mas, não havendo para o caso nenhuma atenuante ou agravante ou causas de aumento e de diminuição, o condenado será muito mais prejudicado por ter sua pena definida no termo médio sem necessidade.

Ainda sobre a utilização do termo médio, também Ricardo Augusto Schmitt (2009, p.113) discorda daqueles que dizem que ele deve ser utilizado como ponto de partida para a fixação da pena-base, pois entende o autor que esta deve ser fixada a partir da pena mínima prevista em abstrato.

Porém, ele ressalta a importância de ser encontrado o termo médio do respectivo tipo penal, para que sirva de bússola ao juiz na aplicação da pena-base. Segundo o autor, o termo médio dificilmente será ultrapassado na fixação da pena-base, “salvo se as circunstâncias judiciais forem amplamente desfavoráveis ao agente”.

José Antônio Paganella Boschi (2013, p. 186-187) segue a mesma linha deste entendimento. Diz o autor que o termo médio serve como limite ao *jus puniendi* e, além disso, serve muito bem ao sistema do método trifásico. Tendo três fases distintas para aplicar a pena, o juiz deve ter limites em cada uma delas, para que possa aplicar da maneira mais adequada e proporcional os aumentos e diminuições que cada uma das fases impõe, de acordo com as suas circunstâncias.

Sendo a pena-base a primeira referência penal que o julgador estabelece, ela não poderia ser por demais elevada, pois estariam prejudicadas, dessa forma, as demais fases do método trifásico. Portanto, conclui o autor que a pena-base deve ser “individualizada dentro das margens específicas (mínima legal e termo médio),

jamais podendo excedê-las, salvo em descompasso com o sistema trifásico e com dispositivos constitucionais”.

Guilherme de Souza Nucci (2009, p.314-322) traz um entendimento contrário a este explicitado. Para o autor, não existe a limitação ao termo médio. Se o juiz considerar que todas as circunstâncias judiciais são desfavoráveis ao condenado, ele pode estabelecer a pena-base no máximo legal.

Para Nucci, estabelecer um termo médio seria “negar o critério legislativo de individualização da pena”. O art. 53 do Código Penal diz que os limites das penas estão previstos nos tipos penais. O legislador, ao individualizar a pena, define as margens mínima e máxima, dentro das quais o juiz terá a discricionariedade para fixar a pena-base. Portanto, de acordo com o autor, o limite máximo que o juiz deve obedecer não é o termo médio, e sim a margem máxima que o legislador determinou.

### **3.3.2 Regras para quantificação da pena-base**

Tendo sido adotado o método trifásico pelo Código Penal, o seu art. 68 diz que o juiz deverá estabelecer a pena-base atendendo-se aos critérios do art. 59, ou seja, às circunstâncias judiciais. Porém, afora isso, o Código Penal não dá maiores explicações ou diretrizes quanto ao caminho que o juiz deve percorrer para restar atendido esse comando legal.

Atento a esta lacuna da lei, José Antônio Paganella Boschi (2013, p.182-189) retirou, das razões jurídicas utilizadas nos precedentes judiciais, algumas regras que podem ser seguidas pelos magistrados para a individualização da pena-base. Essas razões jurídicas, diz o autor, não são vinculantes, “haja vista as características de nosso sistema de direito positivo”, mas são aceitas pelos operadores do direito e pelos tribunais. São elas:

a) Ao fazer a análise do conjunto das circunstâncias judiciais, se o juiz verificar que a valoração do conjunto é positiva (plena favorabilidade para o réu), ele deve quantificar a pena-base na margem mínima prevista abstratamente no tipo correspondente ao fato. Isso demonstra o grau mínimo de reprovação pelo fato.

No que diz respeito à fixação da pena-base na margem mínima prevista no tipo penal, existe um entendimento jurisprudencial que é amplamente reprechido pela doutrina, qual seja, a falta de exigência de fundamentação. Ou seja, quando o juiz fixar a pena-base no mínimo legal, de acordo com o entendimento majoritário dos Tribunais, não é necessário que ele fundamente essa escolha (BITENCOURT, 2013, p.779).

Contrário a este entendimento, Guilherme de Souza Nucci (2009, p.163) lembra que o art. 93, inciso IX da Constituição Federal, garante a “todas” as decisões do Poder Judiciário a devida motivação, logo, também a decisão que fixe a pena-base no mínimo legal deve ser fundamentada.

Além de atender ao princípio da individualização da pena, dando ao réu exatamente o que ele merece, e deixando claro por que ele merece (BITENCOURT, 2013, p.779), fundamentar a aplicação da pena permite “ao órgão acusatório, caso inconformado, a interposição do recuso cabível, contrariando os argumentos utilizados na sentença” (NUCCI, 2009, p.163).

Portanto, conclui Ricardo Augusto Schmitt (2007, p.528) ser inaceitável o entendimento dos Tribunais de exigir a fundamentação da individualização da pena somente quando a pena-base for estabelecida acima do mínimo legal. Em verdade, mesmo sendo fixada no mínimo legal, o julgador deve “demonstrar as razões que o levaram a proceder dessa forma, com o fito de dar o devido conhecimento à parte adversa”.

b) Quando o juiz valorar algumas circunstâncias judiciais negativamente, ou seja, em desfavor do acusado (relativa desfavorabilidade para o réu), ele deve fixar a pena-base um pouco acima do mínimo legal, para refletir o grau médio de censura pelo fato;

c) Se o juiz verifica que o conjunto das circunstâncias judiciais é negativo (plenamente desfavorável ao réu), isso leva a reprovação pelo fato ao grau máximo. Por isso, o juiz deve quantificar a pena-base perto do termo médio ou no termo médio, sem jamais ultrapassá-lo.

d) Uma última regra trazida por Boschi diz respeito às qualificadoras. Como dito anteriormente, a qualificadora estabelece uma nova margem para aplicação da pena. O preceito primário se modifica, derivando do tipo básico, e traz também um

novo preceito secundário. Portanto, verificando-se uma qualificadora do tipo, o juiz deve estabelecer a pena-base de acordo com as margens do tipo qualificado.

Pode acontecer, também, de ser um crime pluralmente qualificado. Neste caso, uma das qualificadoras irá estabelecer a nova margem para aplicação da pena-base pelo juiz e as qualificadoras remanescentes irão atuar ou como agravantes e atenuantes, se previstas, ou como circunstâncias judiciais, se não previstas. Veja-se o exemplo:

Assim, no exemplo do homicídio, cujas qualificadoras previstas nos incisos I a IV do § 2º do art. 121 correspondem às agravantes genéricas do motivo fútil ou torpe, da surpresa, do emprego do veneno ou do fogo, previstas no art. 61, incisos I e II e letras, uma delas será utilizada para a individualização da pena-base dentro dos limites previstos para o tipo qualificado, ao passo que as outras atuarão como *agravantes*, isto é, com meras causas de modificação da pena-base. (BOSCHI, 2013, p.189)

Isso ocorre para que nenhuma circunstância possa ficar à margem das considerações iniciais, caso contrário, não faria diferença cometer um crime qualificado ou pluriqualificado.

### 3.4 PENA-PROVISÓRIA E A APLICAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS LEGAIS

Seguindo as instruções do art. 68 do Código Penal, na segunda fase do método trifásico de aplicação da pena, o juiz deve quantificar a pena-provisória, levando em consideração as circunstâncias legais atenuantes (com previsão nos artigos 65 e 66) e agravantes (com previsão nos artigos 61 e 62). Essa quantificação terá como referência a pena-base estabelecida pelo juiz na primeira fase do método trifásico.

Haja vista a limitação imposta pelo presente trabalho, não serão analisadas as espécies de circunstâncias legais atenuantes e agravantes.

#### 3.4.1 Características das circunstâncias legais

As circunstâncias atenuantes e agravantes são denominadas circunstâncias “legais”, pois estão previstas na lei: no Código Penal e em legislação penal extravagante (SCHMITT, 2007).

São circunstâncias genéricas, pois podem ser aplicadas a todos os tipos de crimes. Portanto, não existe uma atenuante ou uma agravante que seja aplicável somente a um tipo de delito (BOSCHI, 2013).

Além disso, as circunstâncias legais são obrigatórias. O juiz não poderá deixar de aplicá-las quando verificar a sua ocorrência no caso concreto, sob pena de violação ao princípio da legalidade. A lei traz expressamente a obrigatoriedade de aplicação das atenuantes e agravantes, utilizando o verbo no imperativo, nos arts. 61 e 65, ao dizer que são circunstâncias que “sempre” agravam ou atenuam a pena. (FERREIRA, 2004)

Essa regra poderá ser excetuada quando o juiz verificar que eventual agravante constitui ou qualifica o crime, para que seja evitado o *bis in idem*. Então, tratando-se de agravante que também qualifica o crime, o juiz deverá deixar claro, “na sentença, que deixa de considerá-la como agravante por já estar a circunstância atuando como qualificadora e, desse modo, ensejando definição de pena-base dentro dos limites mínimo e máximo novos do tipo qualificado”. (BOSCHI, 2013)

Também é característica das circunstâncias legais a taxatividade, pois estão previstas em lei e não comportam “qualquer inclusão extensiva sem prévia previsão legal”. As agravantes são sempre taxativas, estando previstas nos arts. 61 e 62 do Código Penal. Já as atenuantes possuem um rol apenas exemplificativo, pois, apesar de existir um rol taxativo no art. 65 do Código Penal, o art. 66 permite a atenuação da pena “em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei”. (SCHMITT, 2007)

#### **3.4.2 O *quantum* de incidência e os limites existentes para a aplicação das circunstâncias legais**

A lei não estabelece a quantidade exata de pena que deve ser acrescida ou diminuída quando se verificar a ocorrência das circunstâncias legais. Assim como o faz para quantificar as circunstâncias judiciais, o juiz terá que se valer da sua discricionariedade para quantificar as circunstâncias legais. Para fazer essa escolha, deve o magistrado estar atento aos fins de reprovação e prevenção da pena,

utilizando-se, para isso, o ideal de proporcionalidade. (FERREIRA, 2004)

No que diz respeito à aplicação das atenuantes e agravantes, existe uma importante questão a ser observada, qual seja, a existência de limites para essa aplicação. Gilberto Ferreira (2004, p. 101-104) segue o entendimento da grande maioria da doutrina, no sentido de que o magistrado está adstrito às margens mínimas e máximas previstas abstratamente para o delito.

Margens estas que foram estabelecidas pelo legislador em cumprimento ao princípio da legalidade (art. 5º, II, Constituição Federal e art. 1º, Código Penal), constituindo-se, portanto, em garantia individual, pois garante aos indivíduos que a pena aplicada obedecerá aos limites previamente estabelecidos, não podendo ser superados.

Não obstante ser esse o entendimento majoritário, adotado pela grande maioria da doutrina e pelos tribunais superiores<sup>7</sup>, Ricardo Augusto Schmitt (2007, p.517) apresenta entendimento em sentido contrário. Segundo o autor, o juiz deverá respeitar os limites impostos pela lei quando estiver quantificando as circunstâncias judiciais para a aplicação da pena-base. Isso porque a lei estabelece no art. 59, inciso II, do Código Penal, em referência à pena-base, que o juiz deverá estabelecer, dentre outras medidas, “a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos”.

Diante disso, se o legislador penal tivesse feito a escolha pelo método bifásico proposto por Roberto Lyra, estaria, então, correto o entendimento sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça. No método bifásico, como já visto, a análise das circunstâncias judiciais e das circunstâncias legais é feita em conjunto, simultaneamente, num mesmo momento da aplicação da pena. Então, o comando do art. 59, inciso II do Código Penal, iria ser aplicado para a quantificação de ambas as circunstâncias, e estaria impedido, portanto, o juiz, de aplicar atenuante ou agravante fora dos limites impostos pela lei.

Porém, continua o autor, não foi essa a opção legislativa. O método adotado para aplicação da pena foi o trifásico, proposto por Nelson Hungria. A análise das circunstâncias legais é feita em outra fase da aplicação da pena, posterior àquela que determina a pena-base, não estando submetida, portanto, ao comando legal do

---

<sup>7</sup> STJ Súmula nº 231 - Circunstâncias Atenuantes - Redução da Pena - Mínimo Legal. A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal.

art. 59, inciso II, do Código Penal, podendo haver redução e majoração fora dos limites abstratamente previstos.

Com esse raciocínio, conclui Ricardo Augusto Schmitt que, diante da inexistência de limitação legal à extrapolação das margens mínimas e máximas do tipo penal no momento de aplicação das atenuantes e agravantes, caso o juiz tenha fixado a pena-base no mínimo legal e venha a se deparar com uma atenuante na segunda fase de aplicação da pena, ele poderá aplicar essa atenuante aquém do limite previsto no tipo.

### 3.5 PENA-DEFINITIVA E A APLICAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS ESPECIAIS

Na última fase do método trifásico, o juiz deve determinar a pena definitiva, a partir da análise das circunstâncias especiais de aumento e diminuição de pena, denominadas pela doutrina de majorantes e minorantes.

Haja vista a limitação imposta pelo presente trabalho, não serão analisadas as espécies de majorantes e minorantes previstas em lei.

#### **3.5.1 Diferença entre causas especiais de aumento ou de diminuição e circunstâncias judiciais e legais**

Para se verificar a diferença entre as causas especiais de aumento ou de diminuição e as circunstâncias judiciais e legais é possível elencar três critérios:

a) localização: as majorantes e minorantes podem ser encontradas tanto na parte geral quanto na parte especial do Código Penal, além da legislação penal extravagante; as circunstâncias judiciais e legais somente são encontradas na parte geral do Código Penal. (SCHMITT, 2007)

b) *quantum* de aplicação: o legislador, ao prever as causas especiais de aumento e de diminuição, já estabelece para cada uma delas a quantidade de pena que deverá ser aplicada no caso de sua incidência. São previstos patamares fixos (por exemplo, um terço) ou intervalos de pena (por exemplo, de um sexto a metade); as

circunstâncias judiciais e legais serão quantificadas de acordo com a discricionariedade do juiz no momento da aplicação da pena e de acordo com o caso concreto. (SCHMITT, 2007)

c) limites: para aplicar as causas especiais de aumento e de diminuição, o juiz não precisa obedecer aos limites impostos pelo legislador, podendo exceder as margens mínimas e máximas previstas abstratamente no tipo penal; as circunstâncias judiciais e legais (de acordo com a maioria da doutrina) precisam necessariamente obedecer a esses limites. (FERREIRA, 2004)

### **3.5.2 Diferença entre causas especiais de aumento ou de diminuição e qualificadoras**

As qualificadoras são as circunstâncias que o legislador valorou como de grande reprovação para determinado crime, e, por isso, optou por “erigi-las à categoria de crime autônomo”. Portanto, são as qualificadoras derivações do tipo penal básico, podendo ser encontradas na parte especial do Código Penal. Por se tratarem de novos tipos penais, possuem uma margem mínima e máxima de pena própria. (FERREIRA, 2004, p.141-145)

De outro lado, as causas especiais de aumento e de diminuição são circunstâncias que possuem um grau de reprovabilidade menor do que as qualificadoras, por isso, não se constituem em tipos penais autônomos, mas sim em circunstâncias que poderão ou não incidir sobre a pena-provisória de um delito, a depender do caso concreto. (FERREIRA, 2004)

Além disso, as majorantes e minorantes são “estabelecidas em quantidades fixas (“a pena é aumentada de um terço” – art. 121, §4º) ou limites variáveis (“o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço” – art. 121, §1º)”. (FERREIRA, 2004)

Diante disso, pode-se perceber que a análise e incidência das qualificadoras ocorre nas considerações iniciais da aplicação da pena, quando o juiz deve verificar se há ocorrência de qualificadoras para que possa estabelecer a pena-base dentro dos limites do respectivo tipo penal. Já as majorantes e minorantes servem para o juiz

determinar a pena definitiva, aplicando a quantidade de pena indica na lei sobre a pena provisória. (BOSCHI, 2013)

### **3.5.3 Requisitos para reconhecimento das causas especiais de aumento e de diminuição**

De acordo com José Antônio Paganella Boschi (2013), para se reconhecer a existência de uma majorante, é necessário que os fatos que a constituam estejam descritos “no corpo da denúncia, da queixa, ou do aditamento (art. 41 e 384, Código de Processo Penal)”. Isso porque o juiz não pode sentenciar *extra petita*, julgando aquilo que não foi objeto da causa de pedir formulada pela acusação. Para as minorantes, este requisito não se aplica, uma vez que atuam como benefícios para réu, logo, podem ser reconhecidas de ofício pelo juiz.

Além disso, para que o juiz diminua ou aumente a pena, fazendo incidir minorantes ou majorantes, é imprescindível que haja provas no processo da ocorrência das circunstâncias. Esta prova é incumbência das partes e o magistrado está proibido de “substituí-las nesse ônus”. Se não houver provas que justifique a aplicação das causas especiais de aumento ou de diminuição, o magistrado deve transformar a pena provisória em pena definitiva.

## 4 AS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS PREVISTAS NO ART. 59 DO CÓDIGO PENAL

### 4.1 CULPABILIDADE

Nos dizeres de Ricardo Augusto Schmitt (2009, p.88-89), a culpabilidade a que se refere o art. 59 do Código Penal “não se trata da culpabilidade que se mostra como pressuposto à aplicação da pena”. Essa circunstância judicial diz respeito ao grau de reprovabilidade e censurabilidade do crime e do autor do fato. Logo, ao analisar a culpabilidade para fixação da pena-base, o magistrado realiza “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”.

Neste mesmo sentido, diz Guilherme de Souza Nucci (2009, p.170-174) que, no momento da aplicação da pena, não cabe mais a análise dos elementos da culpabilidade em sentido estrito. Isso porque, para se chegar a essa etapa, já foi configurado o crime e já se chegou à conclusão de que o réu é culpado. Ao fixar a pena, o juiz “leva em conta a culpabilidade em sentido lato, ou seja, a reprovação social que o crime e o autor do fato merecem”. Portanto, deve o julgador avaliar o grau de censura destinado ao crime e ao autor para que sirva de norte na fixação da pena-base.

A acepção de culpabilidade em sentido estrito já foi submetida à análise para comprovar a culpa do réu e, portanto, serve como fundamento para a pena. A partir da análise da tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade, chegou-se ao veredito de condenação do sujeito. Então, o juízo da culpabilidade (como fundamento da pena) presume-se positivo quando o magistrado faz o juízo de culpabilidade (como limitação da pena) na fixação da pena-base.

Para demonstrar a diferença entre condutas com maior ou menor reprovabilidade, Ricardo Augusto Schmitt (2009, p.88-89) traz o seguinte exemplo:

Por sua vez, quem dirige um veículo em alta velocidade e causa a morte de um transeunte, responde por homicídio culposo, na modalidade imprudência, o que já faz parte integrante do próprio tipo. Por outro lado,

quem dirige um veículo em alta velocidade, sem carteira de habilitação e depois de atravessar um sinal fechado atropela um transeunte, vindo a causar sua morte, responde igualmente por homicídio culposo, no entanto, tal conduta se mostra bem diversa da primeira, pois os elementos que compõem a culpa se revelam bem mais intensos e escapam da simples necessidade de tipificar o delito (*plus* de reprovação da conduta).

Lembra ainda o autor a necessidade que tem o magistrado de fundamentar a sua decisão ao valorar a circunstância judicial, devendo deixar claro os elementos que ele utilizou para decidir pela maior ou menor censurabilidade do delinquente.

## 4.2 ANTECEDENTES

Os antecedentes<sup>8</sup> previstos como circunstância judicial no art. 59 do Código Penal dizem respeito a tudo aquilo que ocorreu na vida do réu antes do fato *sub judice*, ou seja, “permite conhecer a *vita ante acta* do acusado” (BOSCHI, 2013, p.166-169). Acerca do que pode ou não ser considerado maus antecedentes, existem entendimentos divergentes na doutrina.

Para Ricardo Augusto Schmitt (2009, p.90-96) somente pode se configurar como maus antecedentes para o réu a sentença penal condenatória transitada em julgado, pois significa que o delinquente foi considerado culpado pelo fato ilícito que cometeu, e sofreu, por ele, uma “chancela definitiva condenatória do Poder Judiciário”. Neste caso, não há dúvidas de que o réu cometeu o delito e foi condenado por ele, por isso pode ser considerado um mau antecedente. Não fosse assim, estar-se-ia violando o princípio constitucional da presunção de inocência ou da não-culpabilidade.

Neste diapasão, diz o autor que não podem configurar maus antecedentes: inquérito policial ou processo criminal em andamento; inquéritos policiais e processos crimes já arquivados (sem que tenha havido uma sentença penal condenatória transitada em julgado); possíveis condenações ocorridas em sede de representações por atos infracionais, com a aplicação de medidas sócio-educativas.

---

<sup>8</sup> Sobre o tema, ver A crise da presunção de inocência e os antecedentes criminais, de Gustavo Britta Scandelari, 2008, p.407-432.

E, por fim, processos em que restou declarada extinta a punibilidade do agente pela prescrição da pretensão punitiva estatal. Neste caso, somente pode ser configurado mau antecedente se a extinção da punibilidade se deu pela prescrição da pretensão executória, pois isso significa a existência de uma sentença penal condenatória transitada em julgado, não havendo apenas a execução da pena em tempo hábil por parte do Estado.

Neste mesmo sentido, José Antônio Paganella Boschi (2013, p.166-169) faz referência a Súmula n. 444 do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual “É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base”.

Discorda o autor, todavia, de Ricardo Augusto Schmitt no que diz respeito à sentença definitiva alcançada pela prescrição executória, pois entende que, uma vez que “o *jus puniendi* [seja] fulminado pela prescrição não pode [mais] subsistir para qualquer outro efeito”.

Ainda no que diz respeito ao que pode ou não ser configurado como maus antecedentes, Gilberto Ferreira (2004, p.83-85) diz que somente pode ser considerado antecedente aquilo que ocorreu antes do fato que está sendo julgado. Porém, excepcionando esta regra, o art. 66 do Código Penal prevê a possibilidade de se valorar circunstâncias que atenuem a pena mesmo que elas tenham ocorrido após o fato, embora não previstas expressamente em lei.

Além disso, somente devem ser levados em consideração os antecedentes que tenham relação direta ou indireta com o fato típico praticado, “seja porque tenham influenciado, ainda que remotamente, o acontecimento, seja porque revelam maior periculosidade do agente”. (FERREIRA, 2004, p.83-85)

Assim, na análise dos antecedentes deve ser levado em consideração tudo aquilo que aconteceu de positivo e de negativo na vida do réu antes do fato. O bom comportamento no meio em que vive. As boas ações que realizou. Os inquéritos que respondeu e arquivados por causas impeditivas da ação penal. As ações penais em que foi absolvido por falta de prova. As sentenças condenatórias que ainda não caracterizaram reincidência. As condenações transitadas em julgado sobre as quais o réu ainda não requereu reabilitação. Os procedimentos especiais respondidos perante o juizado de menores. As infrações disciplinares e fiscais. O envolvimento em falências fraudulentas. O réu que voltou a ser primário e que ainda não foi reabilitado da condenação anterior. (FERREIRA, 2004, p.83-85)

Com entendimento diverso dos já citados, Gilberto Ferreira vislumbra a possibilidade de serem considerados para fins de maus antecedentes os processos que ainda não transitaram em julgado. Isso porque, para o autor, a intenção do legislador no art. 59 foi a de que o juiz considerasse “tão só o comportamento do agente para apurar a sua propensão ao crime, a sua probabilidade de delinquir, independentemente de ser ele culpado ou não”.

Portanto, o simples envolvimento do delinquente em um processo, ainda que este tenha sido arquivado por falta de provas, serviria de indicativo negativo para o juiz, na análise do seu passado. É relevante não só o fato da condenação, mas também a mera participação do réu em processo criminal.

Ademais, para o autor, o réu tem a possibilidade de eliminar o *quantum* somado à sua pena por causa da valoração dos maus antecedentes se “ficar comprovado no julgamento definitivo daquela ação o reconhecimento de sua tese de negativa de autoria”.

Ao partir para a valoração dos antecedentes, o magistrado precisa se atentar para não violar a regra da proibição da dupla valoração, ou seja, um mesmo fato não pode ser valorado como maus antecedentes e como reincidência. Os antecedentes não se confundem com a reincidência, agravante genérica prevista no art. 61, inciso I do Código Penal. (SCHMITT, 2009, p.90-96). Neste sentido,

Será reincidente: quem for condenado em sentença definitiva, por crime, no país ou no estrangeiro, e vier a praticar novo crime (art. 63, CP); aquele que, nas mesmas condições, for condenado definitivamente por crime, no país ou no estrangeiro, e vier a praticar, no Brasil, uma contravenção; aquele que, do mesmo modo, no Brasil, for condenado definitivamente por contravenção e vier a cometer nova contravenção (art. 7º da LCP). Segue-se, então, que o autor do crime não será reincidente se o objeto da condenação anterior for uma *contravenção penal*, pois na dicção do art. 63 do CP, o pressuposto para a reincidência é prévia condenação em definitivo por um *crime*. (Boschi, 2013, p.200)

Portanto, se a sentença penal condenatória configurar para o réu tanto maus antecedentes como reincidência, deverá o juiz valorá-la somente na segunda fase de aplicação da pena, como circunstância legal. (SCHMITT, 2009, p.90-96)

Diferente da reincidência (art. 64, I, Código Penal), os antecedentes não possuem um limite temporal expressamente previsto em lei para serem levados em consideração na aplicação da pena, fato este condenado pela doutrina. Para Paganella Boschi (2013, p.166-169), não tem sentido o decurso do tempo provocar o

desaparecimento da reincidência e não existir um prazo para se deixar de considerar maus antecedentes, uma vez que os antecedentes constituem-se em “efeitos de causa legal de menor importância jurídica”.

Compartilhando do mesmo entendimento, Ricardo Augusto Schmitt (2009, p.90-96) explica que “se a reincidência se revela como um *plus* de reprovação da conduta comparada com os antecedentes, não nos parece lógico que os efeitos daquela desapareçam pelo decurso de determinado tempo, enquanto deste se perpetuem pelo resto da vida do condenado”.

Diante disso, propõe Salo de Carvalho (2002, p.48-53) que seja estabelecido, por analogia, o mesmo prazo de 5 (cinco) anos previsto na lei como delimitação temporal da reincidência para a incidência dos antecedentes. Isso impede que o indivíduo fique estigmatizado por uma conduta ilícita (seja crime ou contravenção penal) por toda a sua vida. (SCHMITT, 2009, p.90-96)

Por fim, para agravar a pena-base do réu valendo-se dos seus antecedentes, o juiz deve fundamentar a sua decisão, deixando claro “quais os fatos mencionados no processo que o caracterizaram como portador de maus antecedentes” (FERREIRA, 2004, p.83-85). E, para isso, devem ser “comprovados por certidão cartorária judicial que noticie a existência de uma condenação anterior transitada em julgado” (SCHMITT, 2009, p.90-96)

Diante dos entendimentos divergentes supracitados, acerca do que pode se considerar ou não como maus antecedentes, conclui-se ser o mais correto aquele que considera como maus antecedentes somente a sentença penal condenatória transitada em julgado, além dos processos em que restou declarada extinta a punibilidade do agente pela prescrição da pretensão executória, pois considera-se que o réu foi definitivamente condenado pelo Estado, apenas não tendo executada a sua pena.

Ademais, não se coaduna com o entendimento de Gilberto Ferreira, para quem pode ser considerado maus antecedentes a mera participação do réu em processo criminal anterior, ainda que tenha sido arquivado por falta de prova. Essa concepção viola frontalmente o princípio da presunção de inocência ou da não-culpabilidade, que determina que “enquanto não definitivamente condenado, presume-se o réu inocente” (TOURINHO, 2010, p.72)

### 4.3 CONDUTA SOCIAL

De acordo com a doutrina (por todos, SCHMITT, 2009, p.96-97), a conduta social do réu se traduz, essencialmente, no seu comportamento social. Deve ser investigada a sua vida familiar, as suas relações no trabalho, na sua comunidade, nas instituições diversas que frequente. A conduta social do sujeito é definida, portanto, de acordo com o seu comportamento em relação a todos que estão a sua volta na sua vida cotidiana.

Existem os indivíduos “colaboradores, os disponíveis, os respeitadores, os omissos, os bons e os maus vizinhos, os sociáveis e os insociáveis, os arrogantes, os educados, os mal-educados, os altruístas e os egoístas, os trabalhadores e os vadios etc.” (BOSCHI, 2013, p.169-171)

É importante ressaltar que as circunstâncias judiciais conduta social e antecedentes não se confundem<sup>9</sup>, por isso mesmo, a lei estabeleceu a análise das duas separadamente. A conduta social diz respeito ao comportamento do sujeito na sociedade; os antecedentes significam os fatos passados da vida do réu, porém, fatos estes relacionados ao seu histórico criminal. Portanto, na análise da conduta social, o juiz só deve se ater a fatos que digam respeito às relações do indivíduo com as pessoas a sua volta, e não a fatos criminosos. (GRECO, 2013. p.565)

Para se avaliar a conduta social do réu, é necessário que se leve em consideração o ambiente em que ele vive, e não uma sociedade ideal. Assim como é desprezada a ideia do “homem médio”, também não deve servir como referência a “sociedade ideal”. Se o indivíduo vive em uma favela, por exemplo, não pode o juiz pressupor que ele esteja envolvido com o tráfico, pois o ambiente em que uma pessoa vive influencia o seu comportamento, mas não o define. (GALVÃO, citado por BOSCHI, 2013, p.169-171).

Se o magistrado julga uma pessoa pelo que se entende no senso comum (“se ela vive naquele lugar e convive com aquelas pessoas, então ela faz isso ou aquilo”) ele não estaria julgando “propriamente um homem, mas um estereótipo” (QUEIROZ, 2012, p.447) e uma “visão assim seria arbitrária e manifestamente equivocada sob o ponto de vista político e social, para dizermos o menos”. (BOSCHI, 2013, p.169-171)

---

<sup>9</sup> Com entendimento diverso, ver Paulo Queiroz, 2012, p.447

Para valorar a conduta social do réu, o juiz precisa de provas. Assim como ocorre na análise de outras circunstâncias judiciais, fica prejudicada a avaliação da conduta social porque as provas existentes no processo são muitas vezes insuficientes. Geralmente, o que consta nos autos é somente o “boletim de vida pregressa, fornecido pela autoridade policial, no qual são prestadas informações genéricas a respeito do acusado”. (MARINHO, 2007, p.285-287)

No caso de o magistrado não encontrar provas suficientes que corroborem para valorar negativamente a conduta social do réu (BOSCHI, 2013, p.169-171), a presunção de idoneidade da mesma militará a seu favor. (BITENCOURT, 2013, p.772)

No tocante à conduta social, normalmente se faz uso da prova testemunhal. Dessa forma, “cabe às partes proceder à escolha de testemunhas que possam prestar informações pertinentes, de modo que sejam trazidos aos autos os dados necessários à devida valoração dessa circunstância” (MARINHO, 2007, p. 285-287).

Com relação às testemunhas trazidas pelas partes, Guilherme de Souza Nucci (2009, p.181-185) faz um alerta para o fato de que é “preciso maior sensibilidade das partes para eleger testemunhas que efetivamente tenham noção de quem é o réu, em especial *antes* do fato criminoso praticado”, para que, dessa forma, possam transmitir ao juiz relatos relevantes acerca da vida do réu, contribuindo, assim, para a fixação da pena-base.

Ainda no que se refere à conduta social, Fábio Roque Araújo (2011, p.128-132) defende a tese de que seria permitido ao juiz afastar a valoração dessa circunstância judicial, com a justificativa de que esta análise seria inconstitucional. Segundo o autor, o princípio da lesividade (ou ofensividade), previsto na Constituição Federal implicitamente, determina a incidência do Direito Penal do fato, portanto, a conduta social estaria fora do alcance de intervenção do Estado, pois abrange “comportamentos que não possuem relação com a intervenção punitiva”.

#### 4.4 CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME

O art. 59 do Código Penal estabelece como uma das circunstâncias judiciais as circunstâncias do crime, ou seja, os elementos que tenham feito parte da atividade criminosa, mas que não tenham sido previstos no tipo penal, “sendo assim considerados acessórios ou acidentais” (MARINHO, 2007, p.289).

Diz respeito ao *modus operandi* utilizado pelo delinquente na prática do delito, ou seja, a maneira como ele desenvolve a atividade criminosa, (SCHMITT, 2009, p.101-102) “particularmente no que respeita à sua natureza, à espécie dos meios empregados, ao objeto, ao tempo, ao lugar, à atitude ou estado de ânimo do réu antes, durante ou após o crime”. (HUNGRIA, 1942, p.15)

Neste sentido,

São consideradas circunstâncias do crime as condições de tempo, lugar, modo de execução, as características físicas e psicológicas da vítima (excluídas, evidentemente, aquelas já estabelecidas pelo legislador) e do autor, a eventual relação de um com o outro, o comportamento do autor durante a atividade criminosa. (MASSUD, citado por BOSCHI, 2013, p.178-179)

As circunstâncias do crime possuem natureza objetiva, porque dizem respeito ao fato e não ao autor, embora, por vezes, possam demonstrar aspectos da personalidade do delinquente. Por exemplo, “aquele que pratica em lugar ermo, premeditando meticulosamente a concretização do delito, manifesta personalidade fria e calculista, o que será igualmente levado em consideração”. (NUCCI, 2009, p.203-204).

Importante ressaltar o fato de que

As circunstâncias a que se refere o art. 59 são justamente aquelas que não receberam valoração mais graduada, que não foram elevadas à categoria de circunstâncias legais, causas especiais de aumento e de diminuição e qualificadoras. Isto significa dizer que as demais excluem esta, devendo o juiz apreciá-las somente quando não for possível considerar as outras. Do contrário, haveria um *bis in idem*. (FERREIRA, 2004, p.92)

Esse é um cuidado que o juiz deve ter quando estiver procedendo à análise de circunstâncias judiciais que possam já estar previstas no tipo penal. Além das circunstâncias do crime é o que ocorre também com os motivos, como se verá logo em seguida.

## 4.5 MOTIVOS

Os motivos de que trata o art. 59 do Código Penal dizem respeito às razões pelas quais o indivíduo cometeu o delito, são “o por quê da ação delituosa.” (SCHMITT, 2009, p.100-101). Sua análise no momento da fixação da pena se mostra de grande importância, pois “é na consideração dos motivos do crime que o juiz há de sempre encontrar um critério essencial na individualização da pena”. (HUNGRIA, 1942, p.14)

De acordo com Gilberto Ferreira (2004, p.90-91), não existe crime sem motivo e até “mesmo os doentes mentais não praticam infrações penais sem uma razão que a justifique. Essa razão poderá ser a mais banal possível, mas, com certeza, será uma razão”. O que ocorre, em verdade, é que, muitas vezes, o delinquente não esclarece qual foi o motivo que o levou a cometer determinado delito, mas isso não pode significar que não houve uma razão.

Para José Frederico Marques (2002, p.75-76), o motivo não se confunde com o fim da conduta delituosa, pois “o fim (*finis operis*) é o resultado ou efeito do ato, aquilo que com a ação se procura atingir, enquanto que o motivo, o *finis operandis*, é o que leva a vontade a atuar”.

No mesmo sentido, Yvana Savedra de Andrade Barreiros (citada por MARINHO, 2007, p.288-289) faz uma clara diferenciação: “o motivo é o elemento psicológico que propulsiona a conduta, respondendo a um questionamento do tipo por quê?, objetivo é o fim a ser atingido pelo agente com a prática da conduta e que, por sua vez, responde a um questionamento do tipo para quê?”

Com entendimento diverso, Guilherme de Souza Nucci (2009, p.197-203) diz que o termo motivo pode ser utilizado tanto no sentido de razão, causa de existência de alguma coisa, como para finalidade, objetivo. Ou seja, para o autor, motivo define tanto “a causa do delito como a finalidade a ser atingida pelo agente”.

Ademais, os motivos podem ser classificados em morais ou sociais e imorais ou anti-sociais, “conforme sejam, ou não, contrários às condições ético-jurídicas da vida em sociedade” (HUNGRIA, 1942, p.14). Neste sentido, exemplifica Paganella Boschi:

Aquele que comete o delito sob os influxos de sentimento altruísta (em defesa do bom nome da pátria, contra as ofensas irrogadas por um estrangeiro, por exemplo) há de sofrer *menor grau de censura* em relação àquele que comete um crime por motivo relacionado à vingança, à

libidinagem ou ao jogo, por exemplo. Pela mesma razão, a ganância do corruptor rico que age à margem da lei para reproduzir riqueza – se bem evidenciada e provada – poderá ser eleita como motivo repugnante gerador de maior reprovação à conduta criminoso. (BOSCHI, 2013, p.176-178)

É possível que o juiz se veja impedido de avaliar os motivos do crime no momento de fixação da pena-base, para que não incorra em *bis in idem*. Cada tipo penal possui um motivo pré-definido, portanto, o magistrado deverá “buscar algum outro motivo que se revele como sendo um *plus* ao ditado pelo próprio tipo, sob pena de se impossibilitar sua valoração”. (SCHMITT, 2009, p.100-101)

Além disso, os motivos podem estar previstos como circunstâncias legais atenuantes e agravantes e também causas de aumento e diminuição da pena. Nesses casos, o juiz deverá levá-los em consideração apenas no segundo e terceiro momentos da aplicação da pena, respectivamente.

Por fim, se os motivos forem rotulados como qualificadoras, eles são levados em conta no momento de tipificar o crime, estabelecendo novas margens mínimas e máximas para o juiz estabelecer a pena-base. Não poderão, por isso, ser valorados novamente em sede de circunstâncias judiciais e legais, “salvo se presentes duas ou mais qualificadoras, quando então uma delas servirá para qualificar o crime e as demais deverão ser analisadas na segunda fase do processo de dosimetria da pena”. (SCHMITT, 2009, p.100-101)

## 4.6 PERSONALIDADE DO AGENTE

### 4.6.1 Definição

De acordo com os ensinamentos de Hall, Lindsey e Campbell, em Teorias da personalidade (2000, p. 32-33), “existem poucas palavras na nossa língua com tanto fascínio para o público em geral como o termo personalidade”. A palavra é utilizada comumente com diversos significados, mas dois deles são os mais empregados.

Primeiramente, as pessoas utilizam o termo personalidade para se referir ao conjunto de características pessoais de um indivíduo, que poderá colocá-lo em um

de dois grupos: os introvertidos e os extrovertidos<sup>10</sup>. Para definir a personalidade, nesse sentido, levam-se em consideração as habilidades sociais que um indivíduo possui, como ele se relaciona com uma variedade de pessoas e como ele alcança reações positivas (ou negativas) dessas pessoas em circunstâncias diversas. Quanto mais facilmente o indivíduo conseguir se conectar a um grupo e se destacar dentro dele, mais extrovertido ele será considerado.

Ao contrário, possuindo características que permitam ser identificado um comportamento mais reservado e contido, será o indivíduo definido como possuidor de uma personalidade introspectiva. É o caso, por exemplo, da “professora que se refere a um aluno como apresentando um problema de personalidade”, que estará indicando, provavelmente, “que suas habilidades sociais não são adequadas para manter relações satisfatórias com os colegas e com a professora” (HALL, LINDZEY e CAMPBELL, 2000, p.32-33).

Além disso, também é utilizado o termo personalidade para indicar a qualidade, o atributo, mais marcante de uma pessoa. Em meio ao convívio social, o observador irá definir as pessoas a sua volta pela impressão que ele tem delas, e para isso irá destacar, segundo as suas observações, uma característica que considere mais marcante. “Assim, podemos dizer que uma pessoa tem uma “personalidade agressiva” ou uma “personalidade submissa” ou uma “personalidade temerosa””. (HALL, LINDZEY e CAMPBELL, 2000, p.32-33).

Segundo os autores Hall, Lindsey e Campbell (2000, p. 32-33), não pode existir uma definição de personalidade generalizada, pois, a depender da teoria da personalidade escolhida pelo indivíduo, a sua definição de personalidade será diferente, seguindo a linha da teoria escolhida.

Por isso, embora existam diversos significados para o termo personalidade no uso cotidiano das pessoas, muito mais vasta é a variedade de significados atribuídos pelos psicólogos, devido à existência de diversas teorias. Prova disso é o fato de que “em um exame exaustivo da literatura, Allport (1937) extraiu quase cinquenta definições diferentes que classificou em algumas categorias amplas”. (HALL, LINDZEY e CAMPBELL, 2000, p.32-33).

---

<sup>10</sup> Para análise das diferenças entre as personalidades extrovertida e introvertida e a desconstrução do mito do ideal extrovertido, ver O poder dos quietos, de Susan Cain.

Diante disso, concluem os autores, “a personalidade é definida pelos conceitos empíricos específicos que fazem parte da teoria da personalidade empregada pelo observador”. (HALL, LINDZEY e CAMPBELL, 2000, p.32-33).

Na doutrina jurídica, existem algumas definições de personalidade, como por exemplo, “um conjunto de atributos adquiridos ao longo da vida, de tal sorte que, retirados do homem, este deixa de existir como ser humano” (FERREIRA, 2004, p. 86-89); a “síntese das qualidades morais e sociais do indivíduo” (BITENCOURT, 2013, p.771); uma referência “ao seu caráter como pessoa humana” que “serve para demonstrar a índole do agente, seu temperamento” (SCHMITT, 2009, p. 97-100); o “caráter, síntese das qualidades morais do indivíduo. É a psique individual no seu modo de ser permanente” (HUNGRIA, 1942, p.12-13).

Para José Antônio Paganella Boschi (2013, p. 171-176), a personalidade é algo difícil de definir, sendo muito mais complexo do que a simples manifestação de caráter e temperamento de um indivíduo. Não se trata de algo que “nasce” com o indivíduo e permanece para sempre a mesma. Pelo contrário, a personalidade está submetida a diversas modificações, continuamente, ao longo da vida do indivíduo. Abrange “além das manifestações genéticas, também os traços emocionais e comportamentais, herdados ou continuamente adquiridos”, que permite o indivíduo ser único e diferente de todos os outros.

#### **4.6.2 (Im)possibilidade de valoração pelo juiz**

No que diz respeito à valoração da personalidade pelo juiz no momento da aplicação da pena, muitos doutrinadores tratam do tema de forma genérica, não dando a devida importância que o tema merece. Propõe-se, no presente trabalho, uma breve análise de opiniões divergentes acerca da possibilidade ou não da valoração desta circunstância judicial pelo juiz.

#### *4.6.2.1 Posicionamentos desfavoráveis à valoração da personalidade do agente pelo juiz*

Segundo ensinamento de José Antônio Paganella Boschi (2013, p.171-176), a atenção que deve se dar ao estudo da personalidade se justifica pelo fato de que os magistrados, na elaboração de sentenças e acórdãos, a fim de cumprir o comando legal do art. 59 do Código Penal, se utilizam de expressões vazias e genéricas, como por exemplo, “personalidade ajustada”, “desajustada”, “agressiva”, “boa” ou “má”.

E, como bem traz Juarez Cirino dos Santos (2012, p. 523, citando MACHADO), “pesquisa empírica mostra que a personalidade determina a pena-base superior ao mínimo legal em 47,7% dos casos, na maioria das vezes com fórmulas vazias”.

De acordo com Paganella Boschi, no momento do julgamento, o estudo que o juiz faz da história pessoal do acusado não é suficiente para que ele possa formar uma opinião acerca da sua personalidade. Isso porque, diversos fatores surgem obstaculizando a análise da personalidade do agente pelo juiz. Um deles é a escassez de informações contidas nos autos do processo. Além disso, a falta de padrão comparativo, resultante da constante mudança nos quadros de diagnósticos por parte de psicólogos e psiquiatras, também dificulta o trabalho do juiz no estabelecimento de um tipo de personalidade para o réu.

Considerando-se a hipótese de ver superadas todas essas dificuldades, ou seja, sendo possível ao juiz determinar a personalidade do agente, ainda assim existiria um empecilho para a valoração dessa circunstância judicial. Isso porque, a partir do momento que o magistrado valora a personalidade do delinquente, ele está adentrando na esfera de intimidade do sujeito, e, com isso, punindo ou abonando o sujeito pelo que ele é e não pelo que ele fez.

Não há justificativa para o Estado-juiz invadir e valorar discricionariamente o íntimo do ser humano. Portanto, considera-se ilegítima a punição dos indivíduos “pelo que eles são ou pensam que são”.

Por fim, após essas considerações, traz o autor um entendimento peculiar. Imagine-se que não haja nenhum inconveniente nem restrição na valoração da personalidade do indivíduo pelo juiz e nenhum impedimento para o Estado valorar essa

circunstância e, eventualmente, exasperar a pena-base, de acordo com o direito penal do autor.

Nesse caso, segundo Paganella Boschi, a constatação de uma personalidade deturpada e a conseqüente valoração negativa da circunstância judicial, deveria trazer a pena-base para mais perto do mínimo, ou seja, propiciar uma “*menor*, e não *maior censura* pelo fato cometido, bem ao contrário do que recomenda a doutrina e procedem juízes e tribunais”.

Boschi justifica esse entendimento com o fato de que é preciso manter a coerência interna do ordenamento jurídico, caso contrário,

Como explicar que o *menos* (um transtorno de personalidade) possa ensejar agravação da pena-base, se o *mais grave* (a *perturbação da saúde mental* ou o *desenvolvimento incompleto ou retardado*), obriga o juiz, na terceira fase, a realizar uma especial redução da pena-provisória (art. 26, Único, CP)?

Tratando-se da mesma matéria, qual seja, “a capacidade do indivíduo na formulação dos juízos críticos indispensáveis ao dever de *agir de outro modo*”, não se justifica, pois, o tratamento diferenciado.

Diante disso, levando-se em consideração todas essas dificuldades e obstáculos que permeiam a valoração da personalidade, conclui o autor no sentido de que, no momento de aplicação das circunstâncias judiciais, melhor seria se o juiz se abstivesse de julgar a personalidade, declarando que não tem condições para avaliar criticamente essa circunstância.

Salo de Carvalho (2002, p.53-61) questiona a possibilidade de avaliação da personalidade do acusado pelo juiz. De acordo com o princípio jurisdicional da refutabilidade das hipóteses, todas as hipóteses e argumentos levantados em juízo devem ser passíveis de comprovação e refutação.

Esse princípio faz parte da essência do sistema processual acusatório e garante a ampla defesa e o contraditório, pois permite às partes uma argumentação mais precisa. Portanto, os elementos utilizados para se chegar à decisão do magistrado devem estar explicitamente comprovados, sob pena de “(a) inviabilizar a refutação do arguido pelas partes e de (b) gerar nulidade da decisão por falta de fundamentação”.

Diante disso, para fundamentar adequadamente a valoração da personalidade do acusado, o juiz terá que, primeiramente, indicar o conceito de personalidade a ser por ele utilizado. Além disso, qual foi “a metodologia utilizada, quais foram os critérios e os passos seguidos e, em consequência, em qual momento processual foi-lhe possibilitada a averiguação”.

A fundamentação exigida pela Constituição Federal (art. 93, inciso IX) não é cumprida pela simples indicação de termos vagos e imprecisos, por isso, o juiz deve indicar os critérios e métodos utilizados para se chegar à valoração negativa ou positiva de uma circunstância.

Como já visto, são muitas as definições que pode se dá para a personalidade, variando de acordo com a teoria da personalidade escolhida. No entanto, o juiz não tem condições mínimas para fazer essa escolha no processo, porque, se na área própria de conhecimento da psicologia, o psiquiatra tem que perpassar por algumas etapas para fazer a avaliação de uma personalidade, o que dizer do juiz que só tem poucos instantes de contato com o réu (no seu interrogatório) e carece de informações presentes nos autos do processo para isso?

Portanto, dizem os autores, a noção de personalidade auferida pelos magistrados normalmente padece de “profunda anemia significativa, conformando o substrato de decisões infundadas, sem o mínimo controle técnico, ferindo, pois, o princípio da ampla defesa e da estrita jurisdicionalidade”.

Dessa forma, constatando-se a impossibilidade do juiz de definir a circunstância personalidade, estando impedido, por isso, de fazer a sua valoração, é possível afirmar que o juiz não deve se ater ao exame da referida circunstância. Se não poderá ser comprovada nos autos e nem, por isso, refutada, a análise da personalidade por parte do juiz só acarretaria a nulidade da sentença, por falta da devida fundamentação.

Ademais, no mesmo sentido proposto por Boschi, Salo de Carvalho trata da ilegitimidade da avaliação da personalidade, na hipótese de considerar-se apto o juiz para tal avaliação. Quer dizer, mesmo que seja o juiz apto a valorar a personalidade do sujeito, essa valoração seria estritamente moral e, portanto, ilegítima. Isso porque, de acordo com um direito penal de garantias, não é dado ao julgador invadir discricionariamente a esfera individual do sujeito.

Ainda na linha de entendimento pela impossibilidade de valoração da personalidade pelo juiz, Rogério Greco (2013, p.566) diz que o juiz não tem capacidade técnica para valorar a personalidade do agente. Para o autor, somente os profissionais da área de saúde, como psicólogos e psiquiatras, teriam condições de avaliar essa circunstância judicial.

Além disso, “a consideração da personalidade é ofensiva ao chamado *direito penal do fato*, pois prioriza a análise das características penais do seu autor”. Portanto, diante da sua incapacidade para aferição, o magistrado não deve levar em consideração a personalidade do agente no momento de fixação da pena-base.

#### *4.6.2.2 Posicionamentos favoráveis à valoração da personalidade do agente pelo juiz*

Acerca da avaliação da personalidade do réu pelo juiz, Gilberto Ferreira (2004, p.86-89) reconhece a dificuldade que há nesta tarefa, porquanto “exige noções de psicologia e psiquiatria, além de um processo muito bem instruído, que contenha todos os dados e elementos necessários a essa avaliação, sem falar nos inúmeros contatos pessoais que devem manter avaliador e avaliado”.

Diz o autor que, em verdade, não possui o juiz condições de avaliar cientificamente essa circunstância judicial, por diversos motivos, dentre os quais: a falta de preparo técnico do juiz, que utiliza as noções de psicologia e psiquiatria segundo o que apreende da vida cotidiana; a falta de tempo necessário para o juiz realizar uma análise profunda da circunstância; a falta de informações no processo para servir de fonte ao juiz.

Todavia, entende o autor que o legislador, ciente dessas dificuldades enfrentadas pelo juiz, ao prever a valoração da personalidade do condenado, não o fez com o fim de se conseguir uma avaliação rigorosa, aplicando-se o conhecimento de um especialista. A pretensão do legislador foi simples, devendo o juiz analisar meramente a “boa ou má índole do delinquente, seu modo ordinário de sentir, de agir ou reagir, a sua maior ou menor irritabilidade, o seu maior ou menor grau de entendimento e senso moral”. (HUNGRIA, 1942, p.12-13)

Ricardo Augusto Schmitt (2009, p.97-100) também reconhece a dificuldade que o juiz possui para avaliar a personalidade do réu. Pelo fato de o magistrado só ter contato com o condenado por alguns minutos, no momento do seu interrogatório, fica evidente que ele não tem condições de dizer se o réu é “uma pessoa pacífica, violenta, calma, nervosa, sensível ou desprovida de sentimento humanitário”.

Diante dessa tarefa “tecnicamente inviável e perigosa”, defende o autor que a análise da personalidade não pode ser atribuída somente ao julgador, pois este não possui habilidade técnica para tanto, uma vez que não faz parte da sua seara de atuação. Essa circunstância judicial, portanto, só poderá ser avaliada e valorada a partir de um laudo psicossocial, elaborado por pessoa habilitada.

Portanto, de acordo com o autor, a valoração da personalidade poderá ser feita pelo juiz, porém, se revistos os critérios de avaliação. O juiz não pode analisar a circunstância judicial sozinho, pois não tem habilidade para isso, não tem o conhecimento suficiente e nem a técnica mais adequada para definir a personalidade do réu.

Uma vez constante nos autos um laudo psicossocial da personalidade do réu, o juiz terá maiores condições para analisar a circunstância. Caso isso não ocorra, será inevitável que a personalidade seja sempre neutralizada na aplicação da pena, pois não haverá fundamentação para defini-la como negativa ou positiva.

Ainda no que diz respeito à valoração da personalidade pelo juiz, Guilherme de Souza Nucci (2009, p.186-197) diz que existem diversos elementos, positivos e negativos, que servem para constituir a personalidade do réu. Porém, para que esses elementos possam ajudar o juiz na definição da personalidade do delinquente, não podem ser considerados isoladamente ou quando não desrespeitarem direitos de terceiros, pois, nestes casos, “devem ser concebidos como frutos da liberdade de ser e de se expressar do indivíduo”.

Entretanto, quando um indivíduo comete um crime, a sua personalidade será submetida a juízo, principalmente se as características negativas que o definem tiverem servido de mola propulsora para o cometimento do delito. Portanto, a personalidade do réu será valorada e levada em consideração no momento de aplicação da pena. A pena, “no entanto, não será aumentada se não houver nexo de causalidade entre o delito e o elemento negativo da personalidade do agente”.

Neste sentido, exemplifica o autor que,

Evidentemente, não é porque alguém é egoísta ou exageradamente individualista que merecerá pena exacerbada quando cometer um homicídio, *v.g.*, por razões outras que não se ligam a tais fatores. Mas, se porventura alguém mata outra pessoa com quem divide uma habitação somente para preservar seu “espaço”, cultivando e enaltecendo sua porção egoística, tal elemento deve ser levado em consideração para a fixação da pena.

Quando o juiz proceder à análise da personalidade do réu, ele deve ater-se aos elementos que influenciaram a atividade delituosa. Ou seja, diante do caso concreto, do cometimento de determinado crime, qual a influência que a personalidade do réu teve? Quais elementos da sua personalidade foram aflorados com a prática desse crime?

O que está em julgamento não é o ser humano em si, mas o fato que ele praticou e, como reflexo, a sua personalidade quando da prática deste fato. Assim, “se alguém é agressivo, desonesto e invejoso, ao praticar lesão corporal, o aspecto de sua personalidade a ser destacado na sentença é justamente a agressividade, desprezando-se as outras facetas negativas”.

A crítica que se faz no tocante à valoração da personalidade pelo juiz no sentido de que, assim agindo, ele estaria avaliando o sujeito pelo que ele é e não pelo que ele fez, traduzindo-se, dessa forma, em culpabilidade do autor, não é compartilhada por Nucci.

Para o autor, deve-se levar em conta o modo de ser do indivíduo, porém, não como fundamento para comprovar a prática do crime. Quando o juiz se depara com a análise da personalidade do réu, já está constatado que o crime ocorreu, portanto, a punição não se dá pela valoração da personalidade e sim por outros fatores. “Para decidir se houve ou não crime, o juiz não leva em conta a personalidade”.

Dessa forma, a personalidade do réu deve ser valorada para se evitar a padronização da pena, pois, levando-se em conta as suas características pessoais, em sintonia com o crime praticado, a pena será individualizada de forma mais justa para o delinquente. Portanto, não há problema no fato do juiz “invadir o âmago do réu, através da análise da sua personalidade, para conhecê-lo melhor”, porque isso só irá ajudá-lo a ter para si uma pena mais “sensata no seu *quantum* e no seu propósito”.

Além disso, também diverge Nucci daqueles doutrinadores que entendem ser o juiz incapaz de julgar a personalidade do réu devido a sua falta de habilidade e conhecimento específico sobre o tema. Entende o autor pelo descabimento desta crítica, uma vez que não se exige do juiz ser um verdadeiro psicólogo, bastando que ele se utilize do seu bom senso natural, porque “essa análise não tem a finalidade de conferir ao réu um tratamento qualquer, mas sim aplicar-lhe uma pena pelo crime reconhecidamente cometido”.

Ademais, reconhece o autor a existência de decisões com fundamentos vazios e superficiais no tocante à análise da personalidade. Porém, a solução para esse problema não seria eliminar a circunstância judicial da apreciação do juiz, e sim aperfeiçoar a sua análise, devendo o julgador “buscar maiores elementos de apoio para chegar ao seu veredito”.

Conclui Nucci pela prevalência da valoração da personalidade pelo juiz, assim como dos demais critérios subjetivos postos a sua vista, porque, caso contrário, se for cerceada a liberdade do magistrado para essas valorações, é bem provável que se incorra na padronização da pena, indo de encontro ao princípio constitucional da individualização da pena.

#### 4.7 CONSEQUÊNCIAS DO CRIME

O legislador estabeleceu, dentre as circunstâncias judiciais, as consequências do crime, ou seja, os danos que o crime praticado provocou na vítima, nos seus familiares ou à sociedade. Neste caso, para exasperar a pena-base do réu, o juiz deve fazer o exame da extensão dos danos causados, “de modo que, quanto maior o dano, maior a reprovabilidade da conduta” (FERREIRA, 2009, p.92-94).

Contudo, os elementos que podem ser considerados como consequências do crime não se confundem com as consequências inerentes ao próprio tipo penal. Por exemplo, “a morte no homicídio, a subtração de coisa móvel no furto, a existência de ferimento nas lesões corporais” (SCHMITT, 2009, p.102-103).

Portanto, sob pena de incorrer em *bis in idem*, o juiz deve se abster de valorar, no momento de fixação da pena-base, consequências do crime que sejam elementos

da “figura típica simples ou qualificada e às causas legais de modificação de pena (agravantes, atenuantes, majorantes e minorantes)” (BOSCHI, 2013, p.179-180).

Como exemplo de consequência negativa do crime, pode-se citar o caso do sujeito que subtrai o dinheiro de uma pessoa que tinha acabado de sacar toda a quantia restante no banco, a fim de custear medicamentos para sua mãe enferma. A consequência prevista no tipo penal furto é a perda da coisa móvel. Porém, no caso, existe um *plus*, pois a vítima sofrerá consequências muito mais graves do que somente não ter mais o seu dinheiro (a sua mãe pode vir a falecer, por exemplo). (SCHMITT, 2009, p.102-103)

#### 4.8 COMPORTAMENTO DA VÍTIMA<sup>11</sup>

Por fim, estabeleceu o legislador uma última circunstância judicial, qual seja, o comportamento da vítima. Ao contrário do que se poderia pensar, “o Código Penal brasileiro não considera o comportamento da vítima como atenuante, mas o inclui entre as circunstâncias judiciais” (DELMANTO, 2007, p.188). Portanto, pode servir tanto para atenuar como para exasperar a pena-base do delinquente.

Para o Direito Penal, vítima é o sujeito passivo da relação, que tem como sujeito ativo o autor do delito. (SANTOS, 2012, p.526-527). “Costuma-se chamar de *vítima* os sujeitos passivos dos crimes contra a pessoa; de *lesado*, os sujeitos passivos dos crimes contra o patrimônio e de *ofendido*, os sujeitos passivos dos crimes contra os costumes e a honra”. (FERREIRA, 2004, p.94-99)

A avaliação do comportamento da vítima serve para demonstrar a maior ou menor culpabilidade do autor, a sua maior ou menor censurabilidade pelo crime praticado, diante das circunstâncias fáticas. Embora não haja compensação de culpas em Direito Penal, a contribuição da vítima pode servir como forma de abrandamento da pena para o réu. (CAPEZ, 2008, p.456)

É certo que a vítima (sujeito passivo) sempre irá contribuir para a existência do crime, posto que é elemento necessário para sua configuração. Porém, o que se

---

<sup>1111</sup> Acerca da importância da vítima no Direito Penal, ver Criminologia crítica e o papel da vítima no Direito Penal, Daniela Portugal, 2012, p.125.

quis ao eleger o comportamento da vítima como circunstância judicial foi colocar em destaque as participações (conscientes ou inconscientes) que efetivamente a vítima teve na prática do delito. (SANTOS, 2012, p.526-527)

Neste sentido, diz Cezar Roberto Bitencourt (2013, p.772-773) que “estudos de vitimologia demonstram que, muitas vezes, as vítimas contribuem decisivamente na consecução do crime. Esses comportamentos são, não raro, verdadeiros fatores criminógenos”. Quer dizer-se com isso que existem situações em que a participação da vítima é fundamental para a prática do crime, não significando, contudo, a justificativa para o crime e nem a isenção de pena do réu.

De acordo com Ricardo Augusto Schmitt (2009, p.103), a circunstância judicial em tela se resume a uma única expressão: provocação. Para o autor, deve o juiz analisar “o comportamento da vítima antes ou durante o fato criminoso, bem como o grau de sua colaboração ou de negligência”. Ou seja, deve verificar se houve facilitação para a prática do delito por parte de vítima, ou até mesmo se ela provocou o crime.

Como exemplos de comportamentos da vítima que podem ser considerados pelo juiz, Guilherme de Souza Nucci (2009, p.205) cita: “o exibicionista atrai crimes contra o patrimônio; o velhaco, que gosta de viver levando vantagem, atrai o estelionato; o agressivo, o homicídio e as lesões corporais, e assim sucessivamente”.

Contudo, ressalta o autor, a pessoa exibicionista que sofre um crime contra seu patrimônio, por exemplo, não estará desprotegida pela lei penal e, ainda que tenha dado causa ao crime, não significa que o seu ofensor será absolvido. A consequência para o réu da constatação de influência do comportamento da vítima na prática do seu crime é tão somente a agravação ou atenuação da pena (com exceção do caso da vítima completamente culpável, como se verá abaixo).

No que diz respeito às vítimas, Nucci (2009, p.205, citando Antonio Beristain) traz a seguinte classificação: a vítima pode ser completamente inculpável, parcialmente culpável ou completamente culpável.

No primeiro caso, trata-se da “vítima ideal”, ou seja, aquela que não tem nenhuma participação na atividade delituosa. “É a que nada fez ou nada provocou para desencadear a situação criminal, pela qual se vê danificada. Exemplo: incêndio”.

(NOGUEIRA, 2004)

No segundo caso, a vítima fornece maior ou menor contribuição para a prática do delito, conforme o caso, e pode ser dividida em vítima por ignorância ou imprudência, vítima com escassa culpabilidade e vítima voluntária.

No terceiro caso, trata-se da vítima que exerce fortíssima influência na prática do delito, e pode ser dividida em vítima provocadora, vítima que propicia a concretização do delito e vítima falsa.

A partir dessa classificação, o juiz deve analisar em qual modalidade a vítima do crime se encaixa e, “a partir daí, dosar a culpabilidade, levando em consideração que quanto maior for a participação da vítima na eclosão dos acontecimentos menor será o grau de reprovabilidade da conduta do réu”. (FERREIRA, 2004, p.94-99)

Portanto, se o comportamento da vítima se enquadrar na hipótese de: a) vítima completamente inculpável, a circunstância judicial deve ser valorada negativamente para o réu; b) vítima parcialmente culpável, não há justificativa para elevação ou diminuição da pena-base; c) vítima completamente culpável, o réu deverá ser absolvido. (MARINHO, 2007, p.290-291)

#### 4.9 ANÁLISE CRÍTICA DA PERSONALIDADE DO AGENTE E DA CONDUTA SOCIAL

Diante dos entendimentos doutrinários divergentes explanados acima, entende-se o mais correto aquele que considera a personalidade um elemento correspondente ao direito penal do autor, sendo, portanto, descabido de análise no momento de valoração das circunstâncias judiciais, por estar em desconcontro à opção do ordenamento jurídico moderno pelo direito penal do fato.

A personalidade do agente diz respeito ao seu íntimo, ou seja, o que ele pensa em relação às coisas, como ele se sente em relação às pessoas, os seus desejos e repulsas interiores. É possível que seja exteriorizada a personalidade através de atitudes, gestos, falas, mas existe uma parcela que não é conhecida no mundo dos fatos. E tanto uma quanto a outra fazem parte do direito de cada indivíduo de “ser”.

Por se tratar daquilo que define o sujeito no seu modo de ser, atualmente, no Estado democrático de direito, a personalidade não pode ser submetida a julgamento. Alguns argumentos podem ser utilizados para repudiar a análise da personalidade como circunstância judicial no momento de fixação da pena-base.

Primeiramente, a personalidade é elemento dinâmico, que está em constante transformação. É possível que o indivíduo tenha uma personalidade diferente antes, no momento ou depois da prática de um crime. Ou seja, aspectos da personalidade podem ser aflorados a depender do momento da vida do sujeito.

Portanto, o sujeito não pode ter sua personalidade (como um todo) posta em julgamento somente com o que pode se apreender do seu estado psíquico no momento do cometimento do delito.

Por exemplo, julgar alguém considerando sua personalidade agressiva porque cometeu um crime com agressividade aguda, pode ser injusto, no caso desse indivíduo nunca ter demonstrado nenhum sinal de agressividade em toda a sua vida. Somente no momento do cometimento do delito, por um excesso de raiva, por exemplo, é que ele se mostrou agressivo. A característica do indivíduo que se aflora no momento do crime pode não ser a característica predominante da sua personalidade.

Neste sentido, Celso Delmanto diz que, no processo, o juiz julga, “sobretudo, o homem que praticou um ilícito penal e, não, um fato descrito isoladamente na denúncia ou queixa, de forma fria e técnica, o que, por vezes, retrata um episódio único e infeliz em meio a toda uma vida pautada pelo respeito ao próximo”. (2007, p.186)

Além disso, o juiz não tem nenhuma habilidade para determinar a personalidade do réu. Primeiro porque não tem a técnica necessária; segundo porque não tem informações suficientes nos autos; terceiro porque a personalidade aparente pode ser falsa (a exemplo dos psicopatas<sup>12</sup>) etc.

Por fim, o juiz deve abster-se de julgar a personalidade do réu simplesmente porque ele não tem legitimidade para isso. Não faz parte do âmbito de intervenção do

---

<sup>12</sup> Para maior aprofundamento no tema, vide *Mentes perigosas – o psicopata mora ao lado*, de Ana Beatriz Barbosa Silva, 2008, p.35-45

Estado-juiz o íntimo do delinquente.

Para os autores que entendem ser necessária a valoração da personalidade para que seja individualizada a pena da melhor forma, evitando-se, dessa maneira, a padronização da mesma, o mais adequado é se contentar com o reflexo da personalidade encontrado quando da investigação de outras circunstâncias judiciais, como os motivos, a conduta social, as circunstâncias do crime e os antecedentes. Todas essas circunstâncias, de uma forma ou de outra, deixam transparecer a personalidade do delinquente.

A respeito da conduta social, entende-se exatamente como Paganella Boschi (2013, p.170-171), no sentido de que,

Ainda que possa haver opção por uma indesejável culpabilidade penal de autor, não há como preservar-se a equidade e o sentimento de justiça se na sentença o juiz fixar penas iguais para indivíduos comunitária e socialmente inseridos e desalinhados dos padrões que regem a vida em família, no emprego, na vizinhança, enfim, nas relações com os outros.

A conduta social do réu é um elemento subjetivo, que varia de acordo com o seu eu interior (personalidade), porém, é, de certa forma, exteriorizado, e possui relação direta com o mundo dos fatos. Ao avaliar o comportamento social de um indivíduo, o juiz leva em consideração aquilo que ele faz efetivamente, e que pode ser comprovado se foi feito ou não. Difere da personalidade, que pode ser completamente interiorizada.

Uma conduta social positiva ou negativa é fator que influencia o juiz na aplicação da pena-base. Além de ser circunstância judicial empiricamente comprovável, a conduta social do agente propicia ao magistrado um conhecimento da vida do agente, portanto, ele poderá valorar se, dadas as condições, esse sujeito tem uma justificativa para ter cometido o delito, se ele foi, de alguma forma, levado a cometer a infração.

Bem se sabe que no Brasil, com o abandono do Estado para com diversos setores sociais, determinadas pessoas que praticam determinados tipos de crimes, podem, sim, ter justificativa para tanto. E isso o juiz irá valorar a partir da conduta social do réu. Portanto, a conduta social se mostra como a circunstância fundamental para cumprir o mandamento do princípio da individualização da pena e da igualdade.

Mesmo incorrendo em uma culpabilidade do autor, a conduta social deve ser necessariamente avaliada pelo magistrado, o que importa numa pena mais adequada para o réu, para fins de reprovação e prevenção.

Dito isso, com a devida vênia, discordamos dos entendimentos dos doutrinadores Fábio Roque Araújo (2011, p.128-132) e Salo de Carvalho (2002, p.53), para os quais a valoração da conduta social do réu significa uma afronta à culpabilidade do fato.

## 5 CONCLUSÃO

A partir de uma evolução histórica, o princípio da individualização da pena é entendido atualmente como uma garantia do indivíduo, que possui o direito de ter para si uma pena individual, original e única.

A individualização da pena possui três etapas distintas: cominação, aplicação e execução. A cominação da pena é exercida pelo legislador infraconstitucional, que irá discriminar as sanções cabíveis (observando as vedações constitucionais impostas pelo art. 5º, inciso XLVII); delimitar as espécies delituosas (observando os princípios do *indubio pro libertate*, da tolerância e da abstenção de tarefas de ingerência social); e formular o preceito sancionador das normas incriminadoras (estabelecendo limites mínimos e máximos de quantidade de pena).

A aplicação da pena é a etapa na qual o juiz fixa concretamente a pena para o indivíduo, partindo das penas abstratamente previstas pelo legislador. Como o legislador encontra-se distante da realidade fática, é de fundamental importância que ele deixe uma margem para que o juiz fixe a pena de acordo com sua discricionariedade, adaptando a pena ao sujeito, no caso concreto.

Ao aplicar a pena, é dever do magistrado fundamentar a sua decisão, sob pena de nulidade (de acordo com o art. 93, inciso IX da Constituição Federal). Para cumprir esse mandamento constitucional, não pode o juiz se valer de expressões vagas e superficiais. A fundamentação da sentença é um direito subjetivo tanto do acusado quanto do acusador.

A terceira etapa da individualização da pena é a etapa executória, quando o juiz deve executar a sanção cominada na sentença condenatória. Para executar a pena, o juiz da execução está adstrito ao estabelecido na sentença condenatória. Individualizar a pena na execução significa que o indivíduo possui a garantia de ter um cumprimento de pena adequado às suas características, como idade, sexo e natureza do delito que cometeu. O regime progressivo de cumprimento de pena privativa de liberdade é um exemplo de como o juiz pode individualizar o sujeito.

Para aplicar a pena, o Código Penal adotou, no seu art. 68, o método trifásico de Nelson Hungria. Antes de fazer opção por esse método, existia uma grande

discussão de qual seria o método ideal, e a maioria da doutrina entendia que era o método bifásico proposto por Roberto Lyra.

Dentre os autores adeptos a este método, está José Frederico Marques. O autor utiliza como argumento para a prevalência do método bifásico o fato de que se o juiz fizer uma análise de todas as circunstâncias (judiciais e legais) conjuntamente, ele terá uma visão mais completa e panorâmica desses elementos. Além disso, diz o autor que as circunstâncias legais se diferenciam das causas de aumento e de diminuição (analisadas num segundo momento), pois que não possuem um *quantum* de pena pré-estabelecido pela lei.

Contudo, apesar de as circunstâncias legais não possuírem quantidade de pena expressamente fixada em lei a ser aplicada pelo juiz no caso de verificar a sua incidência, diferentemente das circunstâncias judiciais, o juiz está obrigado a aplicar as circunstâncias legais se ele verificar a sua incidência no caso concreto.

Ou seja, o Código Penal determina tanto a aplicação das circunstâncias judiciais quanto das circunstâncias legais. Porém, as circunstâncias legais devem ser obrigatoriamente aplicada se for verificada a sua incidência no caso concreto. O que não está determinado é somente a quantidade de pena. Por outro lado, a aplicação das circunstâncias judiciais está totalmente na margem de discricionariedade do juiz, que pode verificar a existência ou não de determinada circunstância.

O método trifásico de Nelson Hungria é o adotado pelo Código Penal e pela doutrina, atualmente. Como argumentos favoráveis à aplicação deste método, diz Nelson Hungria que ele permite o juiz estabelecer um ponto de partida para a aplicação da pena, o que facilita a aplicação das circunstâncias legais e especiais, e, além disso, havendo momentos distintos para apreciação das circunstâncias judiciais e legais, evita-se que haja a compensação entre essas circunstâncias.

Nesse mesmo sentido, Guilherme de Souza Nucci defende a superioridade deste método, pois, a divisão em três etapas distintas permite que a fixação da pena se torne mais clara e detalhada.

O juiz inicia a aplicação da pena fixando a pena-base. Para tanto, deverá levar em consideração as circunstâncias judiciais presentes no art. 59 do Código Penal. A pena-base é o ponto de partida para aplicação da pena e o referencial que o juiz encontra para começar a fixa-la é objeto de divergência.

Dentre os entendimentos doutrinários estudados, Juarez Cirino dos Santos entende que o magistrado deve partir do mínimo legal para fixar a pena-base, pois seria o critério mais benéfico para o réu. Para Nelson Hungria e Roberto Lyra, deveria o magistrado partir do termo médio (encontrado a partir de cálculo matemático com as margens mínima e máxima do tipo penal). Neste mesmo sentido é o entendimento de Sérgio de Andréa Ferreira, pois segundo o autor, não sendo utilizado o termo médio como ponto de partida, restaria prejudicado o réu que tivesse a seu favor uma atenuante, já que a lei não permite a aplicação da pena abaixo do mínimo legal.

Gilberto Ferreira reconhece a racionalidade que há em se partir do termo médio para fixar a pena-base, porém discorda desse entendimento. Para o autor, na hipótese de compensação entre as circunstâncias judiciais negativas e positivas, a pena-base será sempre equivalente ao seu ponto de partida. Portanto, se for escolhido o termo médio, o réu terá a pena-base estabelecida no termo médio, acima do mínimo legal, portanto, sem nenhuma justificativa para isso.

Com razão, o autor ainda rebate o argumento de Sérgio de Andréa Ferreira, alegando que esse problema do impedimento de utilização de uma atenuante também poderia ocorrer se fosse utilizado o termo médio como ponto de partida. Isso porque, se o juiz parte do termo médio para fixar a pena-base, e, com a aplicação das circunstâncias judiciais, eventualmente, chega ao mínimo legal e estabelece a pena-base, se na segunda etapa da aplicação da pena o juiz se deparar com a incidência de uma atenuante, ele também estará impedido de aplicá-la, já que a lei impede que se fixe a pena abaixo do mínimo legal.

Ricardo Augusto Schmitt também concorda que o ponto de partida deva ser o mínimo legal, porém, sensatamente, diz que é de grande importância ser encontrado o termo médio do tipo penal em análise. Isso porque, para o autor, o termo médio funciona como limite para a aplicação da pena-base, devendo ser rigorosamente obedecido, somente sendo excedido nos casos em que as circunstâncias judiciais forem amplamente desfavoráveis ao réu.

Neste mesmo sentido é o entendimento de José Antônio Paganella Boschi, para quem o termo médio serve como limite ao *jus puniendi*. Por existir três etapas de aplicação da pena, muito útil se mostra essa limitação para o juiz, tornando mais adequada e proporcional a fixação de cada umas das penas (base, provisória e definitiva).

Discorda-se, portanto, do entendimento de Guilherme de Souza Nucci. Para o autor, não existe limite ao termo médio, se o juiz verificar que todas as circunstâncias judiciais são desfavoráveis ao réu, ele poderá aplicar a pena-base no máximo legal. O limite que o juiz deve obedecer é aquele determinado pelo legislador, portanto, o máximo legal e não o termo médio.

O entendimento adotado é no sentido de que deve o magistrado adotar como ponto de partida o mínimo legal e ter como limite o termo médio, pois dessa forma, será respeitada a proporcionalidade e o indivíduo receberá o *quantum* de pena que merece.

No que diz respeito às regras para quantificação da pena-base, repudia-se, com respaldo na maioria da doutrina, o entendimento jurisprudencial de que não é necessário que o juiz fundamente a decisão quando estabelecer a pena-base no mínimo legal. Como bem diz Guilherme de Souza Nucci, a previsão constitucional do art. 93, inciso IX, determina a necessidade de fundamentação para “todas” as decisões judiciais.

Demonstra-se adequado o método trazido por José Antônio Paganella Boschi para a quantificação da pena-base. Se o juiz avaliar as circunstâncias judiciais e se deparar com a plena favorabilidade para o réu, deve aplicar a pena-base no mínimo legal. Se valorar que algumas circunstâncias judiciais são desfavoráveis ao réu, deve estabelecer a pena-base um pouco acima do mínimo legal. Se, por fim, verificar que o conjunto de circunstâncias judiciais é negativo, ou seja, plenamente desfavorável ao réu, deve fixar a pena-base perto ou no termo médio.

Além disso, deparando-se o juiz com uma figura qualificadora, deverá estabelecer a pena-base de acordo com as novas margens mínimas e máximas que o tipo penal qualificado impõe.

Para fixar a pena-provisória, o magistrado deve fazer uso das circunstâncias legais. Trata-se de circunstâncias: a) genéricas, pois aplicáveis a todos os tipos de crimes; b) obrigatórias, de acordo com expressa determinação legal (arts. 61 e 65), excetuando somente para evitar o *bis in idem*; e c) taxativas, pois estão previstas em especificamente lei, excetuando-se somente as atenuantes, no caso previsto no art. 66 (existência de circunstância relevante anterior ou posterior ao crime).

Assim como não o faz para as circunstâncias judiciais, a lei também não determina a quantidade de pena que o juiz deve aplicar quando da incidência de uma atenuante ou agravante. Deverá se valer o juiz, portanto, da sua discricionariedade, sempre de acordo com o princípio da proporcionalidade.

No que diz respeito aos limites para aplicação das atenuantes e agravante, coaduna-se com o entendimento de Gilberto Ferreira (e maioria doutrinária), no sentido de que o juiz deve ater-se aos limites impostos pelo legislador: as margens mínima e máxima do tipo penal.

Portanto, não procede o entendimento de Ricardo Augusto Schmitt, ao dizer que o juiz somente encontra este limite para aplicação das circunstâncias judiciais e não para a aplicação das circunstâncias legais, isso porque, para o autor, a limitação está expressamente prevista somente para as circunstâncias judiciais, no art. 59, inciso II, do Código Penal. Portanto, para o autor, se o magistrado aplicou a pena-base no mínimo legal e, na segunda fase de aplicação da pena, se depara com uma atenuante, ele poderá aplicar essa atenuante aquém do mínimo legal.

Por fim, o juiz deve aplicar a pena-definitiva para o réu. Para isso, deve se atentar para as causas de aumento ou de diminuição previstas na lei. Para diferenciar as causas especiais majorantes e minorantes das circunstâncias judiciais e legais, o juiz pode verificar o local em que se encontra a circunstâncias: as especiais estão previstas tanto na parte geral quanto na parte especial, enquanto que as judiciais e legais estão previstas somente na parte geral do Código Penal, além de outras leis penais extravagantes.

Além disso, para as causas especiais são previstas quantidades de pena na lei (uma fixa ou intervalo de pena), enquanto que para as circunstâncias legais e judiciais o juiz se vale da discricionariedade para determinar o *quantum*.

Por fim, ao aplicar as majorantes e minorantes, o juiz pode exceder os limites previstos pelo legislador, enquanto que para a aplicação das circunstâncias judiciais e legais, de acordo com a grande maioria da doutrina, ele está adstrito às margens mínimas e máximas do tipo penal.

Diferem-se, ainda, das causas de aumento e diminuição as qualificadoras, pois estas são novos tipos penais (derivados do tipo básico), enquanto que aquelas são quantidades de pena determinadas.

Partindo-se para o exame das circunstâncias judiciais em específico, iniciou-se com a culpabilidade.

No que diz respeito à culpabilidade, entende-se no sentido de que essa circunstância judicial serve para o juiz valorar o grau de reprovabilidade e censurabilidade que o fato e o autor do fato merecem. Portanto, não se confunde esta acepção de culpabilidade (como limitação da pena) com a culpabilidade como fundamento da pena. Se o juiz está na fase de aplicação da pena, pressupõe-se que o juízo de culpabilidade (como fundamento da pena) foi positivo, resultando na condenação do réu.

Acerca dos antecedentes do acusado, entende-se mais correto o entendimento de que somente podem ser considerados maus antecedentes as sentenças penais condenatórias com trânsito em julgado, pois significa que o réu sofreu uma chancela definitiva do Estado; e também a sentença condenatória com prescrição executória, pois, nesse caso, o indivíduo foi condenado definitivamente pelo Estado, só não havendo a execução da pena em tempo hábil por parte do Estado.

Para que seja considerado como mau antecedente, não precisa a sentença penal condenatória transitada em julgada ter relação direta ou indireta com o crime *sub judice*. O mau antecedente serve para demonstrar a vida pregressa do réu na prática de qualquer tipo de crime, tendo a ver ou não com o novo crime praticado.

Ademais, apesar da lei não estabelecer expressamente um limite temporal para a consideração dos maus antecedentes, coaduna-se com a doutrina que entende ser razoável a aplicação, por analogia, do limite legal imposto para a reincidência, qual seja, de 5 (cinco) anos.

Com relação aos motivos do crime, entende-se que eles dizem respeito às razões pelas quais o indivíduo cometeu o delito. É correto o entendimento de Gilberto Ferreira, ao dizer que não existe crime sem motivo, o que pode acontecer, em verdade, é a omissão por parte do delinquente ou até mesmo a sua incapacidade de discernimento.

Ademais, como bem exemplifica Yvana Savedra de Andrade Barreiros, não é possível confundir o motivo com o fim a ser atingido pela norma: o primeiro responde o “por quê” da ação e o segundo responde “para que” a ação.

As circunstâncias do crime são aquelas que excedem os elementos da figura típica. É o dano causado à vítima, à sua família ou à sociedade. Quanto maior a extensão dos danos, maior será a reprovabilidade do autor. Ressalte-se que, para que essa circunstância seja valorada negativamente para o réu, é necessário que ela tenha sido do seu conhecimento ou pelo menos que tenha sido previsível.

Isso porque, é possível que um indivíduo mude de atitude e desista da prática de um delito se ele toma conhecimento das consequências que poderá acarretar. Portanto, se ele toma conhecimento e ainda assim comete o delito, essa circunstância será passível de valoração, variando a quantidade de pena de acordo com a extensão do dano causado.

Por fim, diante de todos os entendimentos doutrinários acerca do tema, conclui-se que a personalidade é elemento do direito penal do autor, não devendo, portanto, fazer parte da análise do juiz para a aplicação da pena. Trata-se da esfera íntima do sujeito, a qual o Estado não tem nenhuma legitimidade para intervir e que não pode ser posta sob julgamento.

Por outro lado, a conduta social deve necessariamente ser avaliada pelo magistrado para a fixação da pena-base, pois trata-se de circunstância judicial que aproxima o juiz da realidade de vida do réu, além de ser empiricamente comprovável.

## REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Fábio Roque. Aplicação da pena: circunstâncias judiciais e direito penal do autor. **Teses da Faculdade Baiana de Direito**. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, v. 3, 2011, p. 125-132.

\_\_\_\_\_. **O princípio da proporcionalidade referido ao legislador penal**. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: Parte Geral I. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BOSCHI, José Antônio Paganella. Individualização da pena. *In*: CARVALHO, Salo de. (Org.). **Crítica à execução Penal**: doutrina, jurisprudência e projetos legislativos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 101-122.

\_\_\_\_\_. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

BRUNO, Aníbal. **Direito penal**: parte geral – fato punível. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, tomo II, 1967.

CAIN, Susan. **O poder dos quietos**: como os tímidos e introvertidos podem mudar um mundo que não para de falar. Trad. Ana Carolina Bento Ribeiro. Rio de Janeiro: Agir, 2012.

CARVALHO, Salo de; CARVALHO, Amilton Bueno de. **Aplicação da pena e garantismo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

COELHO, Vicente Faria. Da aplicação da pena em face do novo código. **Revista Forense**. Rio de Janeiro: Forense, v. 90, ano 39, abr./jul., 1942, p. 466-469.

DUARTE, José. Aplicação da pena: pena-base. **Revista Forense**. Rio de Janeiro: Forense, v. 90, ano 39, abr./jul., 1992, 466-469.

FERREIRA, Gilberto. **Aplicação da pena**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GARCIA, Basileu. Das penas principais e sua aplicação. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 339, ano 53, jan., 1964, p. 7-15

\_\_\_\_\_. **Instituições de Direito Penal**. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, v. I, tomo II, 1976.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 15. ed. Rio de Janeiro: Impetus, v. 1, 2013.

HALL, Calvin S.; LINDZEY, Gardner; CAMPBELL, John B. **Teorias da personalidade**. Trad. Maria Adriana Verissimo Veronese. 4 ed. Porto Alegre: Artes Médicas Sul, 2000.

HUNGRIA, Nelson. Aplicação da pena. **Revista Forense**. Rio de Janeiro: Forense, v. 90, 1942, p. 525-526.

\_\_\_\_\_. O arbítrio judicial na medida da pena. **Revista Forense**. Rio de Janeiro: Forense, v. 89, 1942, p. 5-19.

LUZ, José Jorge Ribeiro da. A discricionariedade do juiz quanto à aplicação da pena. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 708, ano 83, out., 1994, p.281-284.

LYRA, Roberto. A aplicação da pena e o novo código. **Revista Forense**. Rio de Janeiro: Forense, v. 90, 1942, p. 526.

MARINHO, Cleide Roberta; ROCHA, Valéria Maria Lacerda. A valoração das circunstâncias judiciais na dosimetria da pena. **Revista Direito e Liberdade**. Edição especial. Mossoró: ESMARN, v. 5, ano 3, n. 1, 2007, p. 271-298.

MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito penal**. Campinas: Millennium, v. III, 2002.

NOGUEIRA, Sandro D'Amato. **Vitimologia**: lineamentos à luz do art. 59, caput, do Código Penal brasileiro. 2004. Disponível em:  
<<http://jus.com.br/revista/texto/5061/vitimologia>>. Acesso em 31/05/2013

NOGUEIRA, Sátiro. A aplicação da pena no novo código penal. **Revista Forense**. Rio de Janeiro: Forense, v. 93, 1943, p. 184-186.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da Pena**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PORTUGAL, Daniela. Criminologia e o papel da vítima no direito penal. **Teses da Faculdade Baiana de Direito**. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, v. 4, 2012, p. 125-143.

QUEIROZ, Paulo. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 8. ed. Salvador: JusPodivm, v. 1, 2012.

SALES, José Luiz. A aplicação da pena no novo código penal. **Revista Forense**. Rio de Janeiro: Forense, v. 92, 1942, p. 803-807.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. 5. Ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

SCANDELARI, Gustavo Britta. A crise da presunção de inocência e os antecedentes criminais. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.873, ano 97, julho, 2008, p. 407-432.

SCHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JR., Alceu. **Teoria da Pena**: finalidades, direitos positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SCHMITT, Ricardo Augusto. Princípio da individualização da pena: uma (re)leitura constitucional. *In*: SCHMITT, Ricardo Augusto. (Org.). **Princípios penais constitucionais**: direito e processo penal à luz da Constituição Federal. Salvador: JusPodivm, 2007, p. 517-549.

\_\_\_\_\_. **Sentença Penal Condenatória**: aspectos práticos e teóricos à elaboração. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2009.

TOURINHO Filho, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

VALE, Ionilton Pereira do. O princípio da individualização da pena como expressão da dignidade da pessoa humana. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 871, ano 97, maio, 2008, p. 459-472.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 1, 2009.