



LIGA DE ENSINO DO RIO GRANDE DO NORTE
CENTRO UNIVERSITÁRIO DO RIO GRANDE DO NORTE
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO PENAL E PROCESSO PENAL

RAILSON PESSOA DE MEDEIROS

SENTENÇA PENAL:
ANÁLISE SOBRE AS DIVERGÊNCIAS NA APLICAÇÃO DAS
CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS PREVISTAS NO ART. 59 DO CÓDIGO PENAL

NATAL /RN
2012

RAILSON PESSOA DE MEDEIROS

SENTENÇA PENAL:
ANÁLISE SOBRE AS DIVERGÊNCIAS NA APLICAÇÃO DAS
CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS PREVISTAS NO ART. 59 DO CÓDIGO PENAL

Trabalho de Conclusão de Curso
Apresentado ao Centro Universitário
do Rio Grande do Norte, como
requisito parcial para obtenção do
Título de Pós-Graduado (“Lato
Sensu”) em Direito Penal e
Processual Penal.

Orientador: Prof. Dr. Luciano
Nascimento Silva.

NATAL / RN
2012

RAILSON PESSOA DE MEDEIROS

SENTENÇA PENAL:
ANÁLISE SOBRE AS DIVERGÊNCIAS NA APLICAÇÃO DAS
CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS PREVISTAS NO ART. 59 DO CÓDIGO PENAL

APROVADO EM: ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Luciano Nascimento Silva
Orientador

AGRADECIMENTOS

Primeiramente agradeço a Deus e aos meus pais: Clodomilson e Raimunda, responsáveis por minha existência e condução da minha vida; agradeço ainda, a minha esposa Luciana, sempre me ajudando nos momentos de dificuldades e aos meus filhos: Pedro Vinícius, Rafhaela e Mariana, razão de toda a força para continuar lutando por dias melhores.

O juiz deve colocar a sua atuação a serviço da cidadania, pretendendo construir uma sociedade que dignifique a pessoa, estimule a solidariedade, diminua as diferenças regionais, que colabore na erradicação da miséria, da pobreza e do analfabetismo.

(Urbano Ruiz)

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo estudar alguns casos concretos de divergências ocorridas nos tribunais de justiça dos estados, quanto à aplicação das circunstâncias judiciais do art. 59 do código penal brasileiro e o reflexo que tais divergências causam no aparato judicial e, principalmente na vida do indivíduo. pois a partir do momento em que os juízes de primeiro grau, tribunais dos estados e cortes superiores divergem, quanto a aplicação das circunstâncias judiciais, instaura-se uma insegurança jurídica, ou seja, deixa de existir harmonia nos julgados, o que ocasiona uma batalha nos tribunais, envolvendo todo o aparato judicial durante vários anos e, principalmente, pode levar ao cometimento de injustiças na sentença penal condenatória, usurpando direitos do indivíduo, simplesmente, porque: aplica-se valorações genéricas para fundamentar as circunstâncias judiciais, reconhecidas como desfavoráveis ao indivíduo; há utilização de elementos já inerentes ao tipo penal, base para a formação da dosimetria da pena e, ainda, por último, há o uso exacerbado da subjetividade, a qual é facultada ao juiz na aplicação da pena, acarretando em um grande número de processos nos tribunais superiores para a correção da pena, além do custo para tramitar estes processos em grau de recurso.

Palavras-chave: Divergências. Julgados. Dosimetria. Circunstâncias judiciais. Correção da pena. Custo para tramitar.

ABSTRACT

This paper aims to study some specific cases of differences occurred in the higher courts, and also on trial in the courts of the states, the legal circumstances of the application of art. 59 of the Brazilian Penal Code and the reflection that these differences have on the judicial system and especially in one's life. From the moment that the judges of first degree courts and superior courts of the states differ, the application of legal circumstances, it creates a legal uncertainty, or ceases to be judged in harmony, which leads to a battle of courts, involving the entire judicial system for several years and, especially, can lead to the perpetration of injustices in the criminal sentence, usurping the rights of the individual, simply because: it applies to base valuations generic legal circumstances recognized as unfavorable to the individual; no use of elements already inherent in the criminal type, basis for the formation of dosimetry pen and even, finally, there is the overuse of subjectivity, facilitating the judge in applying the penalty, resulting in a large number of court cases higher for the correction of the sentence.

keywords: Differences in the courts. Dosimetry. Legal circumstances. Correction of sentence.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1. DOSIMETRIA	10
2. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS	12
3. CULPABILIDADE	13
4. ANTECEDENTES	17
5. CONDUTA SOCIAL	22
6. PERSONALIDADE DO AGENTE	24
7. MOTIVOS DO CRIME	26
8. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME	27
9. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME	29
10. COMPORTAMENTO DA VÍTIMA	30
CONSIDERAÇÕES FINAIS	31
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	33

INTRODUÇÃO

A aplicação das circunstâncias judiciais elencadas no art. 59 do Código Penal brasileiro, as quais são usadas para alcançar a pena-base e a função que elas exercem sobre o fato punível, pode parecer, em uma análise perfunctória, simples aplicação de uma fórmula pré-determinada.

Todavia, como bem preceitua Eugênio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli¹, esta aplicação:

"é bastante complexa e exige uma ordenação sistemática de critérios e regras, porque não se trata de uma síntese ordenada, mas de elementos um tanto dispersos, e cuja ordem hierárquica se faz necessário determinar".

Ou seja, para se alcançar os critérios basilares que formam as circunstâncias judiciais contidas no artigo 59 do Código Penal, deve o Magistrado levar em conta os objetivos da pena, quais sejam, ser necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do crime, além de ser individualizada e que sirva de punição àquele agente que delinuiu, atuando ainda como prevenção a outras pessoas para que não venham a cometer delitos. No entanto os agentes detentores do *jus puniendi* vêm destoando em suas maneiras de alcançar a pena-base, ora por não observar os seus requisitos basilares, ora por entender que a análise fica a cargo do juiz, gerando desta forma, uma insegurança jurídica e, acima de tudo, custos para máquina estatal, ocasionadas pelos diversos recursos que sobem para a segunda instância e, principalmente, as injustiças que ocorrem na aplicação das penas.

Portanto, a partir desses fatos, o presente trabalho propõe-se a

¹ ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral. 4. ed. rev. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2002, p. 929.

fazer uma análise dos julgados, trazendo as divergências ocorridas nos tribunais, quanto a aplicação das circunstâncias judiciais, demonstrando os erros quanto ao uso incorreto de elementos inerentes ao próprio tipo penal e fundamentações genéricas para exasperar a pena, além do uso exacerbado da discricionariedade dada ao juiz para analisar parâmetros subjetivos do indivíduo, a fim de constatar se eles efetivamente cumprem o papel a que se destinam ou se acabam por acentuar o desrespeito aos direitos fundamentais do indivíduo quando na aplicação da pena, inclusive, criando efetivamente uma seletividade desfavorável a determinados sujeitos (exemplo: um reincidente).

Assim o presente estudo monográfico através de pesquisa bibliográfica, vai mostrar algumas dessas divergências ocorridas nos tribunais a respeito da aplicação das circunstâncias judiciais e, principalmente, o que acarreta para o indivíduo e para o aparato estatal quando essas circunstâncias são analisadas de forma equivocada.

1. DOSIMETRIA DA PENA

A dosimetria da pena é a forma criteriosa com que o Estado, detentor do direito de punir (*jus puniendi*), vai traçar os vários elementos que compõem a pena, atribuindo ao final deste processo, através de uma sentença penal condenatória, uma sanção de caráter criminal, a qual reflete a reprovação estatal do crime cometido, utilizando-se de todo o aparato do Poder Judiciário para alcançar a persecução penal.

No Código Penal brasileiro, em sua parte especial, vai adotar a chamada pena em abstrato, que nada mais é do que um limite mínimo e um limite máximo previsto legalmente para a pena atribuída a um crime e, para isso, utiliza-se um sistema trifásico, o qual está elencado no artigo 68 do Código Penal brasileiro, ou seja, dispostas em três fases: **a)** Fixação da Pena Base (análise das circunstâncias judiciais descritas no art. 59, *caput*, do Código Penal); **b)** Análise das circunstâncias atenuantes e agravantes (circunstâncias legais) e, por fim, **c)** Análise das causas especiais de diminuição e de aumento da pena.

Nesta primeira fase busca-se a fixação da pena base, a qual se dá pela análise e valoração subjetiva das oito circunstâncias judiciais, e, nesta análise, quanto maior é o número de circunstâncias judiciais desfavoráveis ao réu, mais a pena se afasta do mínimo legal.

Veja-se a previsão legal:

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: (Alterado pela Lei nº 7.209-1984).

Na segunda fase da dosimetria se analisa as circunstâncias atenuantes e agravantes, sendo as atenuantes circunstâncias que diminuem a pena, não podendo, caso reconhecida, trazer a pena abaixo do mínimo legal (súmula 231, do STJ), o artigo 65 do CP elenca estas circunstâncias:

art. 65 - São circunstâncias que sempre atenuam a pena:

I - ser o agente menor de 21 (vinte e um), na data do fato, ou maior de 70 (setenta) anos, na data da sentença;
II - o desconhecimento da lei;
III - ter o agente:
a) cometido o crime por motivo de relevante valor social ou moral;
b) procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as consequências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano;
c) cometido o crime sob coação a que podia resistir, ou em cumprimento de ordem de autoridade superior, ou sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima;
d) confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime;
e) cometido o crime sob a influência de multidão em tumulto, se não o provocou.

Já as agravantes são circunstâncias que exasperam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime, sendo de aplicação obrigatória, e estão previstas nos artigos 61 e 62 do Código Penal e, ainda de aplicação restritiva, não admitindo aplicação por analogia. O legislador não prevê o percentual a ser descontado ou aumentado na pena em função das agravantes

e das atenuantes, no entanto a jurisprudência, tanto do STF e, como também do STJ, vem adotando o coeficiente imaginário de 1/6 (um sexto) para cada circunstancia legal reconhecida, trago à colação decisão do Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria:

“HABEAS CORPUS. PENAL. CRIMES DE ROUBO SIMPLES. CONFISSÃO ESPONTÂNEA.

ATENUANTE OBRIGATÓRIA. CONCURSO ENTRE REINCIDÊNCIA E CONFISSÃO ESPONTÂNEA. PREPONDERÂNCIA DA AGRAVANTE. TRIBUNAL CONSIDEROU A ATENUANTE PERFAZENDO A REDUÇÃO. ANÁLISE DO QUANTUM REDUZIDO. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE APROFUNDADO EXAME DA MATÉRIA FÁTICA. ORDEM DENEGADA.

1. A reincidência, nos termos do art. 67 do Código Penal, é circunstância preponderante, que prevalece sobre a confissão espontânea no momento da fixação da reprimenda. Precedentes da Quinta Turma.

*2. Por opção do Legislador, o critério de acréscimo e de diminuição utilizado na segunda fase de aplicação da pena é discricionário, cabendo ao magistrado estabelecer um valor que seja proporcional e razoável, observadas as circunstâncias do caso concreto. **Ressalte-se que o patamar de 1/6, embora erigido pela jurisprudência e doutrina como fração média razoável e proporcional,** não é necessariamente o máximo a ser acrescido em razão da reincidência.*

3. Diante da ausência de manifesta ilegalidade, descabe reexaminar a fundamentação apresentada pelo julgador na fixação da pena, pois a via eleita não é adequada para dizer se foi justo ou não o quantum que foi utilizado, na segunda fase de aplicação da pena, porquanto pressupõe aprofundado exame das circunstâncias fáticas.

4. Ordem denegada.

(HC 162.217/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 23/08/2011, DJe 08/09/2011)”

A terceira fase da dosimetria consiste nas causas especiais de diminuição ou aumento de pena, aplicadas sobre o resultado a que se chegou na segunda fase, estas ora vêm elencadas na parte especial, ora na parte geral.

2 CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS

Para se entender, por uma metodologia jurídica sistemática, a essência dos comandos contidos no artigo 59, *caput*, do Código Penal, é preciso compreender, de forma isolada, o sentido dos preceitos nele contido, fazendo-se necessária, para isso, uma análise pontual, ainda que breve, de cada um deles.

Ademais, cada uma dessas circunstâncias precisa estar contida na sentença de modo fundamentado, sem que restem dúvidas quanto a adequação à realidade fática ao preceito legal, cumpre, em primeiro lugar, tratar-se pontualmente da fixação da pena criminal dentro dos limites típicos e da sua obrigatória fundamentação.

3 CULPABILIDADE

A circunstância culpabilidade vai ser valorada a partir da culpa ou dolo do agente, no entanto, busca-se valorar se tal conduta vai além do grau de reprovação social, pois o que se deve analisar é o *plus* como conteúdo elevado da conduta praticada, como bem leciona Bitencourt², o qual define a circunstância judicial da culpabilidade como:

“o elemento de medição ou de determinação da pena”, pois, “nessa acepção, a culpabilidade funciona não como fundamento da pena, mas como limite desta, impedindo que a pena seja imposta alguém ou além da medida prevista pela própria ideia de culpabilidade”.

A ideia esboçada por Bitencourt considera ainda como importante, o fato do magistrado sempre ter em mente o real significado do elemento culpabilidade, para que não caia na armadilha dos erros, ao utilizar característicos do injusto penal como, p. ex., *“o agente agiu com culpabilidade, pois tinha consciência da ilicitude do que fazia”*, porque, nessa outra acepção,

² BITENCOURT, Cezar Roberto. Manual de Direito Penal: parte geral, v. 1, 7. ed. rev. e atual. São Paulo : Saraiva, 2002, p. 551.

a culpabilidade é somente fundamento da pena, ou seja, “*é característica negativa da conduta proibida*”, sendo, portanto objeto de análise juntamente com a tipicidade e a antijuridicidade e, se esse juízo for negativo, sequer há condenação.

Cabe mencionar ainda, nesse mesmo sentido, a explicação trazida por Luís Flávio Gomes, ao afirmar que a culpabilidade tem:

“no Direito penal, tríplice função: (a) de fundamento da pena; (b) de limite da pena (cada um é punido nos limites da sua culpabilidade – CP, art. 29) e (c) de fator de graduação da pena (CP, art. 59)”³.

Deste modo, entende-se que, no contexto do artigo 59, o que se mostra não é a culpabilidade como pressuposto à aplicação da pena, posto que, tendo havido a condenação, resta evidente que ela existe, mas sim a graduação dessa culpabilidade, ou seja, o grau de reprovabilidade social da conduta do réu, não se busca saber se é ou não culpado, mas, tão somente, o grau da censura da ação praticada.

Deste modo, existe uma grande dificuldade para o Juiz em se estabelecer um julgamento a respeito do grau de reprovabilidade social do ilícito, ou da conduta do agente em relação ao bem jurídico, ou seja, não traga consigo uma carga de critérios de ordem ideológica e, que, certamente, na maioria das vezes, vai valorar de forma desfavorável ao réu, dificuldade essa, como se percebe, decorrente do fato de que há obstáculos, muitas vezes intransponíveis, no que diz respeito à possibilidade de o magistrado colocar-se como esse sujeito hipotético e, ao mesmo tempo, fazer uma avaliação da culpabilidade sob a ótica do agente, de modo a avaliar adequadamente em que grau ele poderia agir de outra maneira.

Portanto, torna-se matéria de difícil entendimento ao magistrado, nesses casos, compreender a realidade e os valores ético-sociais do agente, sendo, praticamente, inevitável que os valores do Juiz não deixem

³ Fonte: http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20051031175911303&mode=print
Data de publicação: 31/10/2005

de comprometer a aplicação da pena, que acaba sendo injustamente mais rígida quando esses valores ético-sociais do agente forem diferentes dos do magistrado, já que, como observa Baratta⁴, a experiência tem apontado “*diferenças de atitude emotiva e valorativa dos juízes*” em relação a indivíduos pertencentes a segmentos sociais diversos e, neste contexto, mesmo que o Juiz, para fazer uma adequada aplicação do comando, conseguisse compreender os valores e o contexto social do réu, o que, sem dúvida, permitiria uma avaliação mais adequada da reprovabilidade da conduta, ainda assim, ficam resquícios referentes aos fatores psicológicos que moldam o comportamento do agente, pois, a questão é ainda mais complexa do que parece, eis que, além de envolver os fatores sociais inerentes a cada pessoa, envolve também fatores subjetivos que não podem deixar de ser considerados.

Zaffaroni e Pierangeli⁵ asseveram que:

“a lei exige apenas o seu potencial conhecimento, ou seja, que exista a possibilidade de conhecimento da antijuridicidade, visto que a efetiva compreensão (que pressupõe a internalização da norma jurídica proibitiva) dificilmente ocorre”. Enfatiza, ainda, que não é possível se exigir de todos “o mesmo grau de compreensão da antijuridicidade, pois existem casos em que a exigência é maior do que em outros, o que depende do esforço empenhado pelo sujeito para compreender e internalizar a norma”.

Nestes termos, o mais certo é que os magistrados encontram dificuldades em compreender a realidade social em que está inserido o agente do delito, assim como em assimilar a postura subjetiva do agente perante a realidade social a que pertence, já que tal postura deriva de fatores subjetivos, inclusive de cunho psicológico, que normalmente não estão ao alcance do juiz sentenciante. Disso resulta a dificuldade em avaliar a medida da culpabilidade a partir desse critério e, diante destes fatos prolatam decisões, na maioria das vezes, usando o seguinte argumento: o agente tinha a plena capacidade de entender o caráter ilícito dos fatos, agiu com consciência da ilicitude, com total

⁴ BARATTA. Criminologia Crítica..., p. 177-178.

⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral. 4. ed. rev. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2002, p. 620-621.

autodeterminação, e sabia das consequências do crime para a sociedade, sendo sua conduta altamente reprovável. Trago à colação decisões do STJ e do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, tratando da matéria e consequentemente corrigindo o entendimento:

“HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CULPABILIDADE. ELEMENTO INTEGRANTE DA PRÓPRIA ESTRUTURA DO CRIME. IMPOSSIBILIDADE. MOTIVOS DO DELITO. ELEMENTOS INERENTES AO PRÓPRIO TIPO PENAL VIOLADO. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDAS. ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006. EXASPERAÇÃO DA REPRIMENDA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. ELEMENTOS CONCRETOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL, EM PARTE, EVIDENCIADO. SANÇÃO REDIMENSIONADA.

1. Argumentos inerentes à culpabilidade em sentido estrito - elemento integrante da estrutura do crime, em sua concepção tripartida - não autorizam a exasperação da pena-base, a pretexto de culpabilidade desfavorável.

2. Os motivos do crime, quando inerentes ao próprio tipo penal violado, não autorizam a exasperação da reprimenda na primeira etapa da dosimetria, porquanto já considerados pelo legislador quando da fixação da pena abstratamente cominada ao delito.

3. Não há constrangimento ilegal quando verificado que o Juiz sentenciante levou em consideração especialmente a natureza e a elevada quantidade da droga apreendida em poder do paciente para a exasperação da pena-base, a teor do disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

4. Aparentados elementos concretos que evidenciam a desfavorabilidade das circunstâncias do delito de porte ilegal de arma de fogo de uso restrito, mostra-se devida a fixação da pena-base acima do mínimo legalmente previsto.

5. Ordem parcialmente concedida para reduzir a pena-base do paciente, em relação a ambos os delitos, tornando a sua reprimenda definitiva em 10 anos e 4 meses de reclusão e pagamento de 720 dias-multa. (HC 197.768/ES, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 01/03/2012, DJe 19/03/2012)”

“EMENTA: PENAL E PROCESSO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRIBUNAL DO JÚRI. HOMICÍDIO QUALIFICADO. AUTORIA E MATERIALIZADA COMPROVADAS. DECISÃO DOS JURADOS EMBASADA EM ELEMENTOS PROBATÓRIOS SUFICIENTES. SOBERANIA DOS VEREDICTOS. DOSIMETRIA DA PENA. CULPABILIDADE. DOLO DO AGENTE. JUSTIFICATIVA INERENTE AO PRÓPRIO TIPO PENAL. VALORAÇÃO EQUIVOCADA. REDUÇÃO DA PENA QUE SE IMPÕE.

1. Nos termos do art. 593, III, “d”, do Código de Processo Penal, só deve ser anulado o julgamento do Tribunal do Júri se o mesmo estiver integralmente dissociado do cotejo probatório, o que não se configura quando os jurados optam por uma das teses ventiladas durante a instrução criminal e amparada em provas coligidas aos autos, devendo ser respeitado o princípio constitucional da soberania dos veredictos.

2. “A afirmação de que o Recorrente “agiu com dolo contra a vítima, quis realmente ofender a integridade física”, não serve para desvalorar a culpabilidade, pois diz respeito a elementar do tipo penal de lesão corporal” (RHC 26.815/PB). Precedente do STJ.

3. Apelo conhecido e parcialmente provido. (Apelação Criminal nº 2011.010170-8, Relator: Gustavo Marinho Nogueira Fernandes (Juiz Convocado), Julgamento: 29/03/2012 Órgão Julgador: Câmara Criminal)”

EMENTA: PENAL E PROCESSO PENAL. CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO. LATROCÍNIO (ART. 157, §3º, PARTE FINAL, CP). APELAÇÃO CRIMINAL. INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. NÃO CONFIGURAÇÃO. AUTORIA E MATERIALIDADE DEMONSTRADOS PELAS PROVAS COLHIDAS NOS AUTOS. PALAVRAS DAS VÍTIMAS. RECONHECIMENTO DO ACUSADO PELA VOZ E PELO PORTE FÍSICO. DOSIMETRIA DA PENA. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DA CULPABILIDADE VALORADA DE MANEIRA EQUIVOCADA. AUFERIÇÃO DE LUCRO FÁCIL INERENTE AO TIPO PENAL. REDUÇÃO DA PENA-BASE. APELO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. (Apelação Criminal n.º 2011.012869-4, Relatora: Desembargadora Maria Zeneide Bezerra, Julgamento: 22/03/2012 Órgão Julgador: Câmara Criminal)”.

4 ANTECEDENTES

Trata-se de analisar os envolvimento judiciais anteriores ao novo fato cometido pelo agente que delinuiu, ou seja, o que se busca nesta circunstância judicial é saber o envolvimento deste em novos fatos, e, a partir daí, em caso de novo crime, exasperar a reprimenda, eis que a sanção criminal não alcançou a finalidade de ressocializar o apenado.

Todavia, ao se buscar o histórico de antecedentes do acusado, não devem fazer parte deste rol condenações em que não exista uma sentença

transitada em julgada ou na fase de inquérito, uma vez que não se busca punir um indivíduo em que não restou provado seu envolvimento no crime, isso em obediência ao princípio constitucional da presunção de inocência ou da não culpabilidade. Ademais o STJ já sumulou a respeito, conforme dispõe a Súmula n.º 444, *in verbis*:

"É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base.

No entanto, o que vemos são várias decisões exasperando a pena com base em ações não transitada em julgada e, como também, ações não formalmente instauradas, ou seja, ainda na fase inquisitiva. Trago à colação alguns julgados sobre o tema:

*PENAL. HABEAS CORPUS CONCOMITANTE A RECURSO ESPECIAL. IMPETRAÇÃO QUE DEVE SER COMPREENDIDA DENTRO DOS LIMITES RECURSAIS. ACÓRDÃO TRANSITADO EM JULGADO. FURTO QUALIFICADO. DOSIMETRIA. MAUS ANTECEDENTES NÃO CONFIGURADOS. **TRÂNSITO EM JULGADO DAS CONDENAÇÕES POSTERIOR AO DELITO. PROCESSOS EM ANDAMENTO. FUNDAMENTAÇÃO INADEQUADA. APLICAÇÃO DA SÚMULA N.º 444/STJ. ILEGALIDADE FLAGRANTE CONFIGURADA. REGIME PRISIONAL. DOSIMETRIA A SER REFEITA. ALEGAÇÃO PREJUDICADA. ORDEM CONCEDIDA.***

I. Conquanto o uso do habeas corpus em substituição aos recursos cabíveis - ou incidentalmente como salvaguarda de possíveis liberdades em perigo - crescentemente fora de sua inspiração originária tenha sido muito alargado pelos Tribunais, há certos limites a serem respeitados, em homenagem à própria Constituição, devendo a impetração ser compreendida dentro dos limites da racionalidade recursal preexistente e coexistente para que não se perca a razão lógica e sistemática dos recursos ordinários, e mesmo dos excepcionais, por uma irrefletida banalização e vulgarização do habeas corpus.

II. Precedentes do Supremo Tribunal Federal (Medida Cautelar no Mandado de Segurança n.º 28.524/DF (decisão de 22/12/2009, DJE n.º 19, divulgado em 01/02/2010, Rel. Ministro Gilmar Mendes e HC n.º 104.767/BA, DJ 17/08/2011, Rel. Min. Luiz Fux), nos quais se firmou o entendimento da "inadequação da via do habeas corpus para revolvimento de matéria de fato

já decidida por sentença e acórdão de mérito e para servir como sucedâneo recursal".

III. Na hipótese, o impetrante interpôs recurso especial, instrumento ordinariamente previsto no ordenamento jurídico para que esta Corte Superior analise eventual ofensa à legislação federal nos fundamentos da condenação criminal, não podendo ser substituído pelo habeas corpus, exceção que se liga necessariamente à violência, à coação, à ilegalidade ou ao abuso - circunstâncias que obviamente não constituem a regra senão a exceção - donde seu uso reclama naturalmente as restrições da exceção.

IV. A questão posta neste writ retrata exceção que deve ser analisada na via eleita, por estar configurada flagrante ilegalidade, sendo a irresignação fundada, inclusive, em questão já sumulada por esta Corte.

V. Hipótese na qual se extraem da folha de antecedentes criminais do paciente três condenações, cujos trânsitos em julgado ocorreram em data posterior ao fato em apuração, não configurando, portanto, maus antecedentes, sendo inaptas à majoração da pena base, por se tratarem de processos em andamento.

VI. Este Superior Tribunal de Justiça firmou orientação jurisprudencial no sentido de que inquéritos policiais e ações penais ainda em andamento não podem ser utilizados para aumentar a reprimenda do acusado acima do mínimo legal. Inteligência da Súmula n.º 444/STJ.

VII. Com a determinação de que nova dosimetria da pena seja realizada, resta prejudicado o pleito de abrandamento do regime prisional fixado ao réu, devendo, contudo, ser ressaltada a necessidade de observação do disposto na Súmula n.º 440/STJ na nova avaliação a ser realizada.

VIII. Deve ser cassado o acórdão recorrido, bem como a sentença condenatória, tão somente no tocante à dosimetria da pena imposta ao réu, para que o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, afastando-se a motivação referente aos maus antecedentes do agente, refaça a dosimetria da sua pena-base, revendo-se, conseqüentemente, o regime prisional fixado ao acusado.

IX. Ordem concedida, nos termos do voto do relator.

(HC 185.724/MG, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 13/03/2012, DJe 20/03/2012).

PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO TRIPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. 1. ANTECEDENTES. EXISTÊNCIA DE INQUÉRITOS E PROCESSOS SEM

TRÂNSITO EM JULGADO. EXASPERAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. 2. CONDUTA SOCIAL. INADEQUADA. AUSÊNCIA DE RESPEITO AO PATRIMÔNIO ALHEIO. PERSONALIDADE. TENDÊNCIA PARA AS PRÁTICAS CRIMINOSAS. FEITOS EM CURSO. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. INVIABILIDADE. 3. MOTIVO. AMEALHAR BENS SEM LABOR, COM DETRIMENTO DO PATRIMÔNIO ALHEIO. INERENTE AO TIPO PENAL. ARGUMENTO INADEQUADO. 4. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. MENÇÃO AOS ELEMENTOS QUE SERÃO APRECIADOS NAS CAUSAS DE AUMENTO DE PENA. INDEVIDO BIS IN IDEM. FUNDAMENTAÇÃO INADEQUADA. 5. CONSEQUÊNCIAS DO DELITO. ARGUMENTOS INIDÔNEOS. ELEMENTARES DO TIPO. 6. CAUSAS DE AUMENTO. EXASPERAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL EM RAZÃO DO NÚMERO DE MAJORANTES. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 443 DO STJ. 7. RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA. CIRCUNSTÂNCIAS NÃO MENCIONADAS NA SENTENÇA. REFORMATIO IN PEJUS CONFIGURADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. OCORRÊNCIA. 8. ORDEM CONCEDIDA.

1. A existência de inquéritos e processos anteriores, sem trânsito em julgado, não legitima o aumento da pena-base pelos antecedentes. Aplicação da Súmula n.º 444 deste Superior Tribunal de Justiça.

2. Inquéritos e processos em curso não podem ser considerados para se firmar um juízo negativo sobre as circunstâncias da conduta social e da personalidade, pois se não o são para a circunstância que lhes é própria, antecedentes, ainda com mais razão não poderiam ser para as que não são pertinentes ao exame de dada matéria, sob pena de violação ao princípio constitucional da não culpabilidade.

3. Com relação ao motivo do crime, o Juízo a quo considerou-o como negativo, salientando que o acusado "visava amealhar bens materiais sem a consequente contrapartida laboral, de forma ilícita e em detrimento do patrimônio de terceiros". Contudo, nos termos em que considerado, confunde-se com o conceito do próprio tipo penal, visto ser requisito que lho integra, não ensejando, pois, aumento da pena-base.

4. Outrossim, não se reportou o magistrado à fundamentação adequada para considerar as circunstâncias do delito como desfavoráveis apenas fazendo menção aos elementos dos autos que serão objeto de apreciação por ocasião da análise das causas de aumento de pena do roubo triplamente circunstanciado, devendo-se expurgar o acréscimo decorrente do exame inapropriado feito pelo julgador, pois consideração contrária ao

exposto incidiria em indevido bis in idem.

5. Não constitui fundamentação idônea para o acréscimo da pena-base considerar as consequências do delito como desfavoráveis apenas declinando elementares do tipo.

6. Em se tratando de roubo com a presença de mais de uma causa de aumento, a majoração da pena acima do mínimo legal - 1/3 (um terço) - requer devida fundamentação, com referência a circunstâncias concretas que justifiquem um acréscimo mais expressivo, não sendo suficiente a simples menção ao número de causas de aumento de pena presentes no caso em análise. Súmula n.º 443 desta Corte.

7. O acórdão de apelação que, julgando recurso exclusivo da defesa, agrega novos fundamentos ao decisum condenatório, incorre em reformatio in pejus.

8. Ordem concedida para reduzir a reprimenda imposta ao paciente.

(HC 175.638/AC, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 01/03/2012, DJe 19/03/2012).

ROUBO Autoria e materialidade delitivas comprovadas, perfeitamente aperfeiçoadas ao tipo penal Afastar o aumento pelos maus antecedentes Ausência de certidão com trânsito em julgado - Readequação das penas aplicadas e seu regime inicial de cumprimento Recurso provido em parte. (Apelação nº 0002304-28.2010.8.26.0549, RELATOR Christiano Kuntz, São Paulo, 16 de fevereiro de 2012).

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO. FURTO CONSUMADO. PRETENDIDA REDUÇÃO DA PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS ANALISADAS EQUIVOCADAMENTE. REDUÇÃO DA REPRIMENDA QUE SE IMPÕE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. APELO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

- Constatado que o magistrado de primeiro grau utilizou fundamentos genéricos, desprovidos de qualquer elemento concreto, para caracterizar a desfavorabilidade da culpabilidade, conduta social, personalidade e motivos do crime, impõe-se a redução da pena-base.

- Na dosimetria da pena não pode um mesmo fato ser considerado para configurar antecedentes e reincidência (Súmula 241 do STJ).

- **Inquéritos policiais ou ações penais em andamento não se prestam a majorar a pena-base, seja a título de maus antecedentes**, conduta social negativa ou personalidade voltada para o crime, em respeito ao princípio da presunção de não culpabilidade, face a edição da Súmula n.º 444/STJ: "[é]

vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base (...)" (Apelação Criminal nº 2011.003474-4, Relatora: Desembargadora Maria Zeneide Bezerra, Julgamento: 25/08/2011 Órgão Julgador: Câmara Criminal).

5 CONDUTA SOCIAL

Nesta análise, busca-se traçar o comportamento daquele que transgrediu a legislação penal, analisando o seu comportamento no meio social em que vive, tanto familiar e, como também, no seu trabalho, ou seja, busca-se entender as suas relações com os membros da sociedade a qual ele estar inserido.

Nesta fase, não se busca o envolvimento do agente em crimes, mas, sim, o relacionamento deste indivíduo diante dos seus pares, pois as práticas deste agente, nos crimes, já foram ou vão ser analisadas nas circunstâncias judiciais, através dos antecedentes e, nas circunstâncias legais, através do instituto da reincidência, mas o que se vê, em grande escala, são julgados de primeira instância exasperando a pena aplicada tendo como base de fundamentação os crimes cometidos pelo acusado.

Trago à colação julgados dos tribunais fazendo a devida adequação, eis que ao analisarem a dosimetria da pena, constatou-se fundamentações genéricas ou usando elementos inerentes ao tipo penal:

Como é possível observar em trecho retirado de uma sentença, a qual foi reformada pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte:

***"que sua conduta social é desregrada, visto que não tem ocupação definida, vivendo de "bicos" e sendo usuário contumaz de drogas ilícitas"** (Apelação Criminal nº 2011.003560-5, Relatora: Desembargadora Maria Zeneide Bezerra, Julgamento: 21/06/2011 Órgão Julgador: Câmara Criminal).*

Ementa da decisão mencionada anteriormente:

EMENTA: PENAL E PROCESSO PENAL. APELAÇÃO. FURTO QUALIFICADO (ART. 155, §4º, II, DO CP). DESCLASSIFICAÇÃO PARA FURTO SIMPLES, AUSÊNCIA DO LAUDO PERICIAL. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STJ. VALORAÇÃO NEGATIVA DA CULPABILIDADE, CONDUTA SOCIAL, PERSONALIDADE DO AGENTE E COMPORTAMENTO DA VÍTIMA. VALORAÇÃO EQUIVOCADA. NECESSIDADE DE REFORMA. DOSIMETRIA DA PENA-BASE. EXCLUSÃO DE QUATRO CIRCUNSTÂNCIAS. FIXAÇÃO DA PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. CARATERIZAÇÃO DO FURTO PRIVILEGIADO. OCORRÊNCIA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE PELA DE MULTA. INTELIGÊNCIA DO §2º DO ART. 155 DO CP. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

1. Nos delitos de furto, a qualificadora de escalada só poderá ser aplicada mediante comprovação por laudo pericial, recentes precedentes do STJ e inteligência do art. 158 do CPP.
2. A pena-base deve ser fixada no mínimo legal quando equivocada todas as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP. Precedentes desta Corte.
3. É direito subjetivo do réu aplicação do §2º do art. 155 do CP, quando presente todos os seus requisitos. Precedentes desta Corte.
4. Recurso conhecido e Provido. (Apelação Criminal nº 2011.003560-5, Relatora: Desembargadora Maria Zeneide Bezerra, Julgamento: 21/06/2011 Órgão Julgador: Câmara Criminal).

EMENTA: DIREITO PENAL. APELAÇÕES CRIMINAIS. ROUBO QUALIFICADO PELO USO DE ARMA DE FOGO. ARTIGO 157, § 2º, INCISO II, DO CÓDIGO PENAL. PLEITOS PARA ANÁLISE DA DOSIMETRIA DA PENA. EXCLUSÃO DA VALORAÇÃO NEGATIVA DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DA CULPABILIDADE E CONDUTA SOCIAL. REDUÇÃO IMPOSTA. RECURSOS CONHECIDOS E PARCIALMENTE PROVIDOS.

1. Devem ser positivadas as circunstâncias judiciais previstas nos artigo 59 do Código Penal, que forem fundamentadas de forma inidônea e com elementos inerentes ao próprio tipo penal.
2. Consonância parcial com o parecer do Ministério Público.
3. Recursos conhecidos e parcialmente providos. (Apelação Criminal nº

6 PERSONALIDADE DO AGENTE

Como bem leciona Guilherme de Souza Nucci⁶:

“a personalidade é havida também como o conjunto de caracteres exclusivos de uma pessoa, parte deles herdada e parte adquirida. (.....) a agressividade, a preguiça, a frieza emocional, a bondade e a passionalidade”.

Portanto, busca-se melhor analisar o perfil psicológico do agente, o qual vai servir para descrever uma possível predisposição para o crime, ou seja, vai ser analisado o seu jeito de ser e de agir, mas este estudo estar intimamente ligado aos ramos da psiquiatria, psicologia e a biologia do que propriamente ao ramo da Ciência do Direito. Assim, em uma sentença penal, o juiz deve solicitar provas técnicas, as quais vão dar suporte, traçando o perfil psicológico do agente, em vez de tentar descobrir, simplesmente, no momento em que o agente estar posto a sua frente em uma única audiência de instrução.

Todavia, uma grande parcela da magistratura de primeiro grau, ao exasperar a pena, neste ponto, toma como base o histórico de crimes cometidos pelo agente e, de forma, quase que padrão, informa que *o agente tem personalidade voltada para o crime*. Vejamos alguns julgados dos quais se vê a correção do uso inadequado desta expressão, sem, no entanto, existir um laudo técnico que dê sustentação a esta análise.

“HABEAS CORPUS. ESTELIONATO. DOSIMETRIA. PENA-BASE.

⁶ NUCCI. Guilherme de Souza. Código Penal comentado, Código Penal comentado. 2. ed. rev., ampl. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 231.

FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MAUS ANTECEDENTES, MÁ CONDUTA SOCIAL E PERSONALIDADE VOLTADA PARA O CRIME. INQUÉRITOS POLICIAIS E PROCESSOS PENAIS EM ANDAMENTO. REGIME.

ALTERAÇÃO QUE SE MOSTRA DEVIDA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. CONCESSÃO DE SURSIS. MATÉRIAS NÃO APRECIADAS PELA CORTE DE ORIGEM. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE DIRETAMENTE POR ESTE SUPERIOR TRIBUNAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA.

1. Consoante entendimento deste Superior Tribunal, inquéritos policiais e ações penais em andamento ou sem certificação do trânsito em julgado não podem ser utilizados como maus antecedentes, má conduta social ou personalidade desajustada para a elevação da pena-base, sob pena de violação do princípio da presunção de não culpabilidade (Súmula 444/STJ).

2. Como consectário do próprio redimensionamento da reprimenda, mostra-se devida a fixação do regime inicial semiaberto de cumprimento de pena.

3. Inviável a análise, diretamente por este Superior Tribunal, da pretendida substituição da pena reclusiva por restritiva de direitos ou da concessão de sursis, tendo em vista que essas matérias não foram apreciadas pelo Tribunal de origem, sob pena de incorrer na vedada supressão de instância.

4. Habeas corpus parcialmente conhecido e, nessa extensão, concedida a ordem para reduzir a pena-base imposta à paciente, tornando a sua reprimenda definitiva em 1 ano e 10 meses de reclusão e pagamento de 30 dias-multa, bem como para fixar-lhe o regime inicial semiaberto de cumprimento de pena.

(HC 176.172/RJ, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 16/02/2012, REPDJe 28/03/2012, DJe 29/02/2012)”

“EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO. FURTO CONSUMADO. PRETENDIDA REDUÇÃO DA PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS ANALISADAS EQUIVOCADAMENTE. REDUÇÃO DA REPRIMENDA QUE SE IMPÕE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. APELO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

- Constatado que o magistrado de primeiro grau utilizou fundamentos genéricos, desprovidos de qualquer elemento concreto, para caracterizar a desfavorabilidade da culpabilidade, conduta social, personalidade e motivos do crime, impõe-se a redução da pena-base.

- Na dosimetria da pena não pode um mesmo fato ser considerado para configurar antecedentes e reincidência (Súmula 241 do STJ).

- Inquéritos policiais ou ações penais em andamento não se prestam a majorar a pena-base, seja a título de maus antecedentes, conduta social negativa ou personalidade voltada para o crime, em respeito ao princípio da presunção de não culpabilidade, face a edição da Súmula n.º 444/STJ: "[é] vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base".

- A possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos reclama o preenchimento dos requisitos do art. 44, III do CP, o que não ocorre no caso concreto, pois os documentos colacionados aos autos, a exemplo da folha de antecedentes, evidenciam não ser a medida socialmente recomendável e nem suficiente à prevenção do delito. (Apelação Criminal n° 2011.003474-4, Relatora: Desembargadora Maria Zeneide Bezerra, Julgamento: 25/08/2011 Órgão Julgador: Câmara Criminal)".

7 MOTIVOS DO CRIME

Nesta fase surge a política-jurídica de auferir as razões que fizeram com que o agente praticasse a conduta delituosa, ou seja, uma atitude que vai variar de indivíduo para indivíduo e caso a caso, como exemplo: um caso de homicídio, o qual pode ser praticado por vários motivos, como: agir com requintes de crueldade ou até mesmo por sentimento distinto, qual seja, por um sentimento de pura piedade, ao ajudar um doente terminal.

No entanto, aos motivos do crime, constata-se que este vetor, vem sendo usado de forma errônea principalmente quando está ligado a crimes contra o patrimônio, ocasião em que os julgadores originários usam elementos inerentes ao tipo penal como, p. ex., ao informar que o acusado agiu com intenção de "cupidez" e "busca do lucro fácil", estas intenções estão intimamente ligadas a obtenção de vantagem econômica ilícita, o que se encontra inserido na essência do tipo penal.

Na mesma linha de pensamento o STJ já pacificou

entendimento quanto ao tema, no sentido de que o lucro fácil é inerente ao próprio tipo penal, não podendo essa circunstância prejudicar os acusados na fixação da pena-base. *In verbis*:

“RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. APLICAÇÃO DA PENA BASE. MOTIVO DO CRIME. BUSCA DE LUCRO FÁCIL. CIRCUNSTÂNCIA PRÓPRIA DO TIPO LEGAL. FIXAÇÃO NO MÍNIMO LEGAL. CORREÇÃO. 1. A busca do lucro fácil pelo autor do crime de tráfico de drogas é inerente ao próprio tipo penal, não podendo tal circunstância ser valorada negativamente no momento da aplicação da pena. PENA RECLUSIVA NO MÍNIMO LEGAL (3 ANOS). REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. CRIME COMETIDO NA VIGÊNCIA DA LEI 6.368/76. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º, § 1º, DA LEI 8.072/90. SUPERVENIÊNCIA DA LEI 11.464/07. PROIBIÇÃO DO § 4º DO ART. 33 E DO 44 DA NOVEL LEI DE DROGAS. NÃO INCIDÊNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL VERIFICADO. CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS DE OFÍCIO.(...)” (REsp 982.853/PR, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 19/08/2010, DJe 06/09/2010) (Grifei)

Comungando com o entendimento da Colenda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte que já decidiu:

*“EMENTA: TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 33, CAPUT, DA LEI Nº 11.343/06. QUANTITATIVO PENAL. NECESSÁRIA REDUÇÃO. **LUCRO FÁCIL. CIRCUNSTÂNCIA QUE NÃO PODE SER CONSIDERADA PARA MACULAR OS MOTIVOS DO CRIME (PRECEDENTES).** MINORANTE DO § 4º, DO ART. 33 DA REFERIDA LEI. REDUÇÃO CORRETA DAS REPRIMENDAS EM METADE, TENDO EM VISTA ESPECIALMENTE A QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. REGIME PRISIONAL FECHADO CORRETAMENTE FIXADO. EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS E ALTA CAPACIDADE DE DEPENDÊNCIA E LESIVIDADE DO ENTORPECENTE. PROVIMENTO PARCIAL DO APELO.” (Ap. Crim. 2010.010361-3, Rel. Des. Caio Alencar. Data do Julgamento: 15/02/2011) (Grifei).*

8 CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME

Segundo o pensamento de Almeida⁷:

"as circunstâncias do crime são elementos ou dados tidos como acessórios ou acidentais (accidentalia delicti), que cercam a ação delituosa".

Ainda sobre a matéria afirmam Celso Delmanto, Roberto Delmanto, Roberto Delmanto Junior e Fabio M. de Almeida Delmanto:

"Circunstâncias do crime: São as circunstâncias que cercaram a prática da infração penal e que podem ser relevantes no caso concreto (lugar, maneira de agir, ocasião etc.). Note-se, também quanto a estas, que não devem pesar aqui certas circunstâncias especialmente previstas no próprio tipo ou como circunstâncias legais ou causas especiais (exemplos: repouso noturno, lugar ermo etc.), para evitar dupla valoração (bis in idem)". (Código penal comentado. 7ª. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 187).

Portanto, na análise desta circunstância o magistrado deve observar o *modus operandi* do agente no momento da prática delituosa sem, no entanto, entrar na esfera dos elementos que pertencente ao tipo penal, busca-se aqueles elementos que tornam o crime mais grave, ou seja, aquilo que envolve a conduta, representada pelo estado de ânimo do agente, as condições de tempo e modo de agir, assim, as circunstâncias do crime, efetivamente, não deve ser desfavorável ao réu quando já tiver sido utilizado para valorar uma majorante, sob pena de se incorrer em dupla punição.

Destaco algumas decisões, as quais atingem a esfera dos elementos que permeiam o tipo penal, ou até mesmo fundamentam tal circunstância com elementos genéricos:

"Ementa: EMBARGOS INFRINGENTES. FURTO. REPOUSO NOTURNO.

⁷ ALMEIDA, José Eulálio Figueiredo de. Sentença Penal: doutrina, jurisprudência e prática. Belo Horizonte : Del Rey, 2002, p. 84.

DOSIMETRIA DA PENA. ART. 59 DO CÓDIGO PENAL. CONDUTA SOCIAL. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. Circunstâncias do crime. Delito praticado durante o período da noite. Elemento que fez incidir a majorante do § 1º do art. 155 do CP. Inviável a consideração na fixação da pena-base, sob pena de incorrer-se em dupla punição. Conduta Social. Análise que se refere à vida social do réu, na comunidade onde reside, com seus familiares, amigos, no trabalho. Circunstância que foi desmembrada dos antecedentes na reforma de 1984. Embargos parcialmente providos. Por maioria. (Embargos Infringentes e de Nulidade Nº 70041139023, Quarto Grupo de Câmaras Criminais, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Danúbio Edon Franco, Julgado em 25/03/2011)”.

9 CONSEQUÊNCIAS DO CRIME

É o resultado ocasionado pelo crime perpetrado pelo agente, mau causado que vai além do resultado típico, ocasião em que devem ser analisados os danos causados por aquela conduta delituosa, desde que não sejam aquelas já demonstradas no tipo penal, para não incorrer em *bis in idem*.

Trago decisões nas quais os magistrados transpuseram este liame:

“EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. JÚRI. RÉU CONDENADO PELO CRIME DE HOMICÍDIO SIMPLES. APELAÇÃO CRIMINAL. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. ERRO OU INJUSTIÇA NA APLICAÇÃO DA PENA. DOSIMETRIA. CONDUTA SOCIAL E MOTIVOS DO CRIME. FUNDAMENTAÇÃO GENÉRICA. CONSEQUÊNCIAS DO DELITO. MORTE DA VÍTIMA INERENTE AO TIPO PENAL. ANÁLISES EQUIVOCADAS. READEQUAÇÃO DA REPRIMENDA. CONHECIMENTO E PROVIMENTO DO APELO. (Apelação Criminal nº 2011.004144-0, Relator: Juiz Assis Brasil (Convocado), Julgamento: 10/05/2012 Órgão Julgador: Câmara Criminal)”.

“EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. HOMICÍDIO SIMPLES. JÚRI. CONDENAÇÃO. APELAÇÃO MINISTERIAL EM FAVOR DO RÉU. AUSÊNCIA DE CONTRARRAZÕES. ADVOGADO INTIMADO POR VIA EDITALÍCIA. INEXISTÊNCIA DE OFENSA AO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. PRECEDENTES STJ. MODIFICAÇÃO DE REGIME PRISIONAL

DO ABERTO PARA O SEMIABERTO. POSSIBILIDADE. TRÊS (03) CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS AO RÉU COM JUSTIFICATIVAS INIDÔNEAS. CULPABILIDADE E MOTIVAÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO GENÉRICA. CONSEQUÊNCIAS DO DELITO. MORTE. RESULTADO INERENTE AO TIPO. APENAMENTO NO MÍNIMO LEGAL. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS OBJETIVOS E SUBJETIVOS DO ART. 33 DO CPP. INTELIGÊNCIAS DAS SÚMULAS 718 E 719 DO STF E 440 DO STJ. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. ACOLHIMENTO. DECRETO CAUTELAR. GARANTIA DE ORDEM PÚBLICA E DA EXECUÇÃO PENAL. GRAVIDADE DO DELITO EM ABSTRATO E INDIGNAÇÃO SOCIAL. INSUBSISTÊNCIA DAS JUSTIFICATIVAS. PRECEDENTES DO STJ. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.” (Ap. Criminal nº 2010.008726-1, Rel. Desa. Maria Zeneide Bezerra, Julg. 09/08/11)” (Grifei)

10 COMPORTAMENTO DA VÍTIMA

É a maneira como a vítima se comportou antes ou durante o fato delituoso e, ainda, o grau desta colaboração, não podendo para valorar, desfavoravelmente, tal circunstância, fazer uma simples referência à conduta da vítima não ter influenciado no delito.

O entendimento atual na jurisprudência pátria é que tal circunstância só deve ser valorada em favor do réu quando a vítima colaborar para o desenvolvimento da conduta que ocasiona o delito, em caso contrário, esta circunstância deve ser neutra. Trago à colação julgados nos quais houve este entendimento:

HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. DOSIMETRIA DA PENA. 1. PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. CONDUTA SOCIAL E COMPORTAMENTO DA VÍTIMA CONSIDERADOS DESFAVORÁVEIS. INADEQUAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. 2. ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. PREVALÊNCIA DESTA EM RELAÇÃO ÀQUELA. AUSÊNCIA DE COMPENSAÇÃO. POSSIBILIDADE. 3. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. Hipótese em que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal em razão da consideração negativa da conduta social do paciente, "voltada para a delinquência", e o fato das vítimas não terem incentivado a prática dos roubos.

2. A circunstância de o apenado ser "voltado para a delinquência", utilizada pelas instâncias ordinárias para valorar negativamente a conduta social, confunde-se com a ideia de antecedentes, sem que reflita análise do indivíduo perante a coletividade, verdadeiro sentido dessa circunstância, não podendo, assim, implicar em prejuízo na dosagem da pena. Ademais, no caso, o Tribunal local afastou os antecedentes criminais do paciente, o que reflete diretamente no afastamento da indicação da conduta social como negativa, já que tais circunstâncias, da forma em que valoradas, confundiam-se uma com a outra.

3. O comportamento da vítima apenas deve ser considerado em benefício do agente, quando a vítima contribui decisivamente para a prática do delito, devendo tal circunstância ser neutralizada na hipótese contrária, de não interferência do ofendido no cometimento do crime. Precedentes.

4. Não se cogita de compensação entre a atenuante da confissão espontânea e a agravante da reincidência, em observância ao que disciplina o artigo 67 do Código Penal, segundo o qual, em havendo concurso entre atenuantes e agravantes, devem preponderar aquelas relativas aos motivos determinantes do crime, à personalidade do agente e à reincidência, não se incluindo aí a confissão. Precedentes.

5. Habeas corpus parcialmente concedido para, reduzida a pena-base do paciente, fixar a sanção para o crime de roubo definitivamente em 7 anos, 5 meses e 18 dias de reclusão, e 12 dias-multa, mantido, nos demais termos, o acórdão impugnado.

(HC 178.148/MS, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 14/02/2012, DJe 24/02/2012)".

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Durante toda a exposição a respeito das circunstâncias judiciais elencadas no art. 59 do Código penal ficou evidente que a aplicação da pena é a parte da sentença penal condenatória de fato mais corrigida pelos

Tribunais de segundo grau, como se observou em vários julgados expostos durante toda a apresentação deste trabalho.

Fato este causado, principalmente, pela não observação ou até mesmo o próprio desconhecimento dos magistrados de primeiro grau, no que tange aos critérios limitadores e garantistas, previstos, na Constituição Federal e nas legislações penais vigentes, transparecendo, assim, inúmeros casos em que os decretos condenatórios apresentam erros na dosimetria da pena, além do uso exacerbado da subjetividade, a qual é facultada ao juiz na aplicação da pena, quando estes estão diante da análise das circunstâncias judiciais elencadas no art. 59, caput, do Código Penal. Nestes casos, o maior prejudicado vai ser o condenado em uma sentença penal condenatória, pois os erros praticados no processo de dosimetria na decisão penal significam, em regra, acréscimo em anos de cumprimento de reprimenda imposta pelo representante do estado e, ao exasperar injustamente esta, não só aumenta a justa quantidade de pena que deveria ser aplicada, mas, ainda, pode vir a impossibilitar: a fixação de regime prisional menos gravoso; a concessão da substituição da pena, prevista no artigo 44, do Código Penal; a concessão de suspensão condicional da pena (*sursis*); ou, até mesmo, a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva estatal, e, acima de tudo, devido o grande número de recursos para correção da dosimetria, faz com que toda a estrutura do segundo grau seja mobilizada, causando um grande custo no judiciário, prejudicando a celeridade processual.

Deste modo, o Magistrado de primeiro grau ao prolatar uma sentença deve analisar, de forma criteriosa, cada uma das circunstâncias judiciais constantes do artigo 59 do Código Penal, de forma a individualizar para cada réu e para cada infração penal praticada, indicando um critério justo de análise dessas circunstâncias judiciais, que possibilite àquele que analisa o Direito conhecer os limites dessa valoração, de forma prática e objetiva, tendo como norte os princípios constitucionais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, José Eulálio Figueiredo de. **Sentença Penal: doutrina, jurisprudência e prática**. Belo Horizonte : Del Rey, 2002, p. 84;

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal**. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999, p. 177-178;

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal: parte geral**, v. 1., 7. ed. rev. e atual. São Paulo : Saraiva, 2002, p. 551;

DELMANTO. Celso, Roberto Delmanto, Roberto Delmanto Junior e Fabio M. de Almeida Delmanto. **Código Penal comentado**. 7. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 187;

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 4. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 231;

ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral**. 4. ed. rev. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2002, p. 620-621;

SCHMITT, Ricardo Augusto. **Sentença Penal Condenatória**, 5ª ED, Salvador/BA, 2010.

